

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO
Departamento de Derecho Administrativo



TESIS DOCTORAL

**Responsabilidad patrimonial por "wrongful conception",
"wrongful birth" y "wrongful life"**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

Johan Ricardo Miranda Acuña

Director

Luis Medina Alcoz

Madrid, 2018

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Administrativo



TESIS DOCTORAL

**RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR “WRONGFUL
CONCEPTION”, “WRONGFUL BIRTH” Y “WRONGFUL LIFE”**

DOCTORANDO

JOHAN RICARDO MIRANDA ACUÑA

DIRECTOR

DOCTOR LUIS MEDINA ALCOZ

MADRID, 2017

**RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR “WRONGFUL
CONCEPTION”, “WRONGFUL BIRTH” Y “WRONGFUL LIFE**

A Dios Todopoderoso

ÍNDICE GENERAL

RESUMEN	13
ABSTRACT	15
ABREVIACIONES	17
INTRODUCCIÓN	19
CAPÍTULO PRIMERO	23
APROXIMACIÓN A LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR “WRONGFUL CONCEPTION”, “WRONGFUL BIRTH” Y “WRONGFUL LIFE”	23
1. EL INSTITUTO DE LA RESPONSABILIDAD COMO MECANISMO FUNDAMENTAL PARA LA REPARACIÓN DE DAÑOS RESARCIBLES.....	23
a) La responsabilidad médica: piedra angular de las reclamaciones “wrongful conception”, “wrongful birth” y “wrongful life”	25
2. LAS RECLAMACIONES DE RESPONSABILIDAD QUE SE FUNDAMENTAN EN EL NACIMIENTO	28
2.1 NACIMIENTO NO CONSENTIDO DE UN NIÑO EN CONDICIONES ÓPTIMAS: “WRONGFUL CONCEPTION”	31
2.1.1 Razones que permiten calificar el nacimiento de un niño como no deseado	33
2.1.1.1 Argumentos de carácter normativo	33
2.1.1.2 Argumentos de carácter ético o moral.....	34
2.1.1.3 Argumentos de carácter económico	35
2.1.1.4 Argumentos relativos a la falta de preparación psicológica o de madurez necesaria para asumir una responsabilidad tan preponderante como la de ser padres	35
2.1.2 Supuestos de estas reclamaciones de responsabilidad.....	36
2.1.2.1 Nacimiento no consentido de un niño a causa de procesos de esterilización o anticonceptivos fallidos.....	36
2.1.2.2 Nacimiento no consentido de un niño causa de la práctica fallida de un procedimiento de interrupción voluntaria del embarazo.....	39
2.1.2.3 Nacimiento no deseado de un niño cuando este haya sido consecuencia directa de una relación sexual no consentida.....	40
2.2 NACIMIENTO NO CONSENTIDO DE UN NIÑO CON DEFECTOS CONGÉNITOS, ENFERMEDADES O GRAVES MALFORMACIONES	43
2.2.1 Las eventuales demandas de responsabilidad patrimonial por procreación irresponsable: los padres como causantes directos del defecto o enfermedad	44
2.2.1.1 Las enfermedades o defectos de origen genético en la procreación irresponsable.....	44
2.2.1.2 Las malformaciones o enfermedades congénitas de causación directa o indirecta durante la frase prenatal.....	47
2.2.2 La responsabilidad por causa directa o indirecta del daño.....	48
2.2.3 Las demandas “wrongful birth” y “wrongful life”	49
2.2.3.1 Supuestos de hecho.....	53
2.2.3.1.1 Los supuestos dentro del marco de la prestación de los diagnósticos preconceptivos.....	53
2.2.3.1.2 Los supuestos dentro del marco de la prestación de los diagnósticos preimplantatorios.....	56
2.2.3.1.3 Los supuestos dentro del marco de la prestación de los diagnósticos prenatales.....	73
2.2.3.1.4 Los supuestos dentro del marco de la prestación de diagnósticos indirectos.....	78
3. REGÍMENES DE RESPONSABILIDAD EN COLOMBIA Y ESPAÑA. CONSIDERACIÓN ESPECIAL DE ESTAS PRETENSIONES DE RESPONSABILIDAD EN EL DERECHO PÚBLICO	79

3.1	ESPAÑA.....	85
3.2	COLOMBIA	95
4.	MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL: LA ACOGIDA A NIVEL DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL DE ESTE TIPO DE PRETENSIONES.....	99
4.1	ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA.....	100
4.2	ALEMANIA	107
4.3	REINO UNIDO.....	112
4.4	FRANCIA.....	119
	CAPÍTULO SEGUNDO.....	127
	LA NEGLIGENCIA MÉDICA COMO ELEMENTO DETERMINANTE EN LA IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD.....	127
1.	CUESTIÓN GENERAL	127
1.1	APROXIMACIÓN.....	127
2.	LA CULPA MÉDICA COMO CRITERIO FUNDAMENTAL PARA LA IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD EN LA ACTIVIDAD MÉDICO-HOSPITALARIA: PRESUPUESTO NECESARIO EN LAS RECLAMACIONES DE RESPONSABILIDAD OBJETO DE ESTUDIO.....	129
2.1	LA “LEX ARTIS” COMO INSTRUMENTO DEFINIDOR DE LAS CONDUCTAS MÉDICO-HOSPITALARIAS.....	130
2.1.1	La naturaleza de la obligación médica. Referencias a los denominados supuestos de cirugías satisfactivas	135
2.1.2	Los protocolos médicos como mecanismo codificador de la “lex artis”	143
2.2	LAS DIFICULTADES DERIVADAS DE LA PRETENSIÓN DE ELABORAR UN CATÁLOGO DE CONDUCTAS QUE ACTUALICEN UN ESTRICTO DEBER DE GESTIÓN MÉDICO-ASISTENCIAL: LA “LEX ARTIS”, CRITERIO ORIENTADOR QUE DEFINE UN MARGEN DISCRECIONAL DE ACTUACIÓN	150
2.2.1	El deber de actuación médico-asistencial en las reclamaciones de responsabilidad “wrongful conception”	151
2.2.2	El deber de actuación médico-asistencial en las reclamaciones de responsabilidad “wrongful birth” y “wrongful life”	154
2.2.2.1	La inexistencia de deberes de actuación médico-asistenciales en el concreto marco de los supuestos de diagnósticos indirectos	158
3.	EL DEBER DE INFORMACIÓN: BREVES REFERENCIAS A LAS FIGURAS DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y DE LA INFORMACIÓN HUMANITARIA	160
3.1	ANTECEDENTES.....	160
3.2	GENERALIDADES	162
3.3	EL DEBER DE INFORMACIÓN EN LAS DEMANDAS OBJETO DE NUESTRO ESTUDIO.....	165
3.3.1	Presupuestos	167
3.3.1.1	Destinatarios.....	167
3.3.1.1.1	Personas con mayoría de edad (adultos)	168
3.3.1.1.2	Las personas que se encuentran en minoría de edad o en estado de discapacidad mental.....	173
3.3.1.2	Criterio temporal.....	181
3.3.1.3	Forma	182
3.3.1.4	Objeto	184
4.	LA INCIDENCIA DE LA INDETERMINABILIDAD DE LA CIENCIA MÉDICA Y DEL ESTADO ACTUAL DE SUS CONOCIMIENTOS CIENTÍFICOS EN EL ACTUAR MÉDICO-ASISTENCIAL	188
	CAPÍTULO TERCERO	197
	LA DETERMINACIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO. LAS IMPLICACIONES ÉTICAS Y JURÍDICAS DE CONSIDERAR EL INICIO DE LA VIDA COMO UN PERJUICIO INDEMNIZABLE: LA INCIDENCIA DE LA TEORÍA ALEMANA DE LA SEPARACIÓN.....	197

1. CONSIDERACIONES PREVIAS.....	197
2. ANÁLISIS INTRODUCTORIO.....	198
a) La interposición conjunta de las acciones “wrongful birth” y “wrongful life”	201
3. LAS DIFICULTADES DEONTOLÓGICAS DE ACREDITAR LA VIDA COMO UN DAÑO EFECTIVO	203
3.1 PAPEL QUE JUEGAN LOS VALORES Y PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES EN EL MARCO DE ESTOS ARGUMENTOS	206
3.2 TEORÍAS RELATIVAS AL RECHAZO A CONSIDERAR LA VIDA COMO UN DAÑO INDEMNIZABLE.....	208
3.2.1 Argumentos que defienden el inicio del curso de la vida como un bien y no como un perjuicio.....	208
3.2.2 La identificación del daño indemnizable en el nacimiento o en el hecho de vivir. Una confrontación directa a la dimensión ideal del bien jurídico vida.....	211
4. LA IDENTIFICACIÓN DE UN DAÑO RESARCIBLE EN LAS DEMANDAS DE RESPONSABILIDAD OBJETO DE NUESTRO ESTUDIO.....	212
a) La teoría alemana de la separación (“Trennungslehre”)	214
5. ARGUMENTOS QUE NIEGAN LA IDENTIDAD ENTRE DEL DAÑO INDEMNIZABLE Y EL NACIMIENTO EN LAS RECLAMACIONES “WRONGFUL CONCEPTION” Y “WRONGFUL BIRTH”	217
5.1 TEORÍAS NO IDÓNEAS PARA CALIFICAR LOS PERJUICIOS ALLÍ IDENTIFICADOS COMO AUTÉNTICOS DAÑOS INDEMNIZABLES	217
5.1.1 Teorías ontológicas de la pérdida de la oportunidad.....	217
5.1.2 Daño por violación al derecho a ser informado.....	220
5.1.3 La existencia de un daño moral como consecuencia del impacto psicológico inmediato que supone tanto el nacimiento inesperado del niño como las circunstancias inesperadas de desagravio en que acaece el nacimiento.....	222
5.2 TEORÍAS IDÓNEAS PARA CALIFICAR LOS PERJUICIOS ALLÍ IDENTIFICADOS COMO AUTÉNTICOS DAÑOS INDEMNIZABLES	227
5.2.1 La vulneración al derecho a la autodeterminación reproductiva: ¿un daño autónomo de carácter inmaterial?.....	227
5.2.2 La existencia de un daño moral y patrimonial como consecuencia directa de la existencia de un niño.....	237
5.2.3 La alteración en las condiciones de existencia de los padres a raíz del nacimiento del niño	246
6. LA IDENTIFICACIÓN DEL DAÑO INDEMNIZABLE EN EVENTOS DISTINTOS AL HECHO DE VIVIR EN EL MARCO DE LAS DEMANDAS “WRONGFUL LIFE”	251
6.1 TEORÍAS NO VÁLIDAS PARA CALIFICAR LOS PERJUICIOS ALLÍ IDENTIFICADOS COMO AUTÉNTICOS DAÑOS INDEMNIZABLES	251
6.1.1 La identificación del daño en las malformaciones graves padecidas por el niño.....	251
6.1.2 Teoría del daño por lesión al derecho a no nacer	252
6.1.3 Privación de un eventual derecho del niño a ser informado	254
6.2 TEORÍAS VÁLIDAS PARA CALIFICAR LOS PERJUICIOS ALLÍ IDENTIFICADOS COMO AUTÉNTICOS DAÑOS INDEMNIZABLES	256
6.2.1 El daño moral como consecuencia directa de la aflicción interna que padece el niño a causa de malformaciones congénitas o enfermedades que impiden el desarrollo de una vida normal	256
6.2.2 El detrimento de orden patrimonial que sufre el niño a causa de los gastos derivados de su nacimiento	260
7. LA DETERMINACIÓN DE LA CUANTÍA DE LA INDEMNIZACIÓN EN EL MARCO DE ESTAS DEMANDAS DE RESPONSABILIDAD.....	262

7.1 LA VERTEBRACIÓN INDEMNIZATORIA	263
7.1.1 Cuantificación del daño patrimonial	264
7.1.2 Cuantificación del daño inmaterial	266
CAPÍTULO CUARTO	269
EL NEXO DE CAUSALIDAD ENTRE LA CONDUCTA ENJUICIADA Y EL DAÑO ANTI JURÍDICO ACAECIDO	269
1. INTRODUCCIÓN	269
2. PARTICULARIDADES REFERENTES A LA AFIRMACIÓN DE UN NEXO ETIOLÓGICO	271
3. TEORÍAS QUE RECHAZAN LA EXISTENCIA DE UN NEXO ETIOLÓGICO	274
3.1 LA INEXISTENCIA DE UNA RELACIÓN CAUSA-EFECTO ENTRE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO MÉDICO QUE RESULTA ENJUICIADA Y LOS DEFECTOS GENÉTICOS O CONGÉNITOS PADECIDOS POR EL NIÑO	274
3.2 LAS RECLAMACIONES DE RESPONSABILIDAD “WRONGFUL BIRTH” Y “WRONGFUL LIFE” COMO AUTÉNTICOS CURSOS CAUSALES NO VERIFICABLES	276
3.3 LA APLICABILIDAD DE LA TEORÍA DE LA CONDUCTA ALTERNATIVA CONFORME A DERECHO EN EL MARCO DE LAS RECLAMACIONES “WRONGFUL BIRTH” Y “WRONGFUL LIFE”	282
3.4 LA TEORÍA DEL DEBER DE MITIGAR EL DAÑO Y SU INCIDENCIA EN EL MARCO DE LAS RECLAMACIONES OBJETO DE ESTUDIO	284
4. LA TEORÍA GENERAL DE LA CAUSALIDAD COMO SISTEMA DE IMPUTACIÓN CAUSAL TRADICIONAL	289
4.1 LA TEORÍA TRADICIONAL DE LA CAUSALIDAD FÍSICA – “CONDICIO SINE QUA NON”- “BUT FOR TEST”	289
4.2 LA TEORÍA DE LA CAUSALIDAD JURÍDICA	291
5. LA PRUEBA DEL HECHO CAUSAL	295
5.1 LA ACREDITACIÓN DE LA CAUSALIDAD DE HECHO COMO UN JUICIO QUE NO SE ENCUENTRA DESPROVISTO DE REGLAS NORMATIVAS	295
5.2 LA APROXIMACIÓN PROBABILÍSTICA COMO INSTRUMENTO PARA ACREDITAR EL HECHO DE LA CAUSALIDAD	298
6. LA DOCTRINA DE LA PÉRDIDA DE LA “CHANCE” O TEORÍA DE LA CAUSALIDAD PROBABILÍSTICA COMO ALTERNATIVA IDÓNEA EN EL MARCO DE LOS SUPUESTOS DE “INCERTIDUMBRE CAUSAL Estricta”	304
7. EL JUICIO DE CAUSALIDAD FÍSICA EN EL MARCO DE LAS RECLAMACIONES “WRONGFUL BIRTH” Y “WRONGFUL LIFE”	309
7.1 EL ESTUDIO DE LA CAUSALIDAD SEGÚN EL MOMENTO EN EL QUE TENGAN LUGAR AQUELLOS PERJUICIOS POR LOS CUALES SE RECLAMA	311
7.1.1 La etiología real o material respecto de aquellos daños que surgen con anterioridad al nacimiento: vulneración del derecho a la autodeterminación reproductiva tanto desde la perspectiva de la libertad de procreación futura como desde la relativa a la facultad de interrumpir voluntariamente el embarazo	311
7.1.1.1 La relación de causalidad en el marco de los procedimientos de diagnóstico indirecto	311
7.1.1.2 La relación de causalidad en el marco de los procedimientos de diagnóstico preconceptivo y preimplantatorio	314
7.1.1.3 La relación de causalidad en la fase prenatal	317
7.1.2 La etiología real o material respecto de aquellos daños que surgen con posterioridad al nacimiento: la aflicción y sufrimiento que acaece con ocasión del nacimiento o vida en condiciones de discapacidad; el detrimento patrimonial que supone hacer frente a los gastos extraordinarios relacionados con la grave discapacidad; el daño inmaterial que sufren los padres relativo a la alteración en las condiciones de su existencia	319

7.1.2.1 La relación de causalidad en el marco de los procedimientos de diagnóstico preconceptivo y preimplantatorio	320
7.1.2.2 La relación de causalidad en la fase prenatal	328
8. EL EJERCICIO DEL DERECHO A INTERRUMPIR VOLUNTARIAMENTE EL PROCESO DE EMBARAZO COMO CUESTIÓN FUNDAMENTAL EN LOS CURSOS CAUSALES QUE AFIRMAN O RECHAZAN LA PRODUCCIÓN DE PERJUICIOS.....	335
9. LA INTERRUPCIÓN DEL NEXO DE CAUSALIDAD.....	337
9.1 LA INTERVENCIÓN DE LA VÍCTIMA.....	337
9.2 EL CASO FORTUITO Y LA FUERZA MAYOR.....	341
9.3 LA INTERVENCIÓN DE UN TERCERO.....	347
CONCLUSIONES	350
RELACIÓN JURISPRUDENCIAL.....	360
BIBLIOGRAFÍA.....	372

RESUMEN

Este trabajo pretende arrojar ciertas luces respecto de la compatibilidad entre las reclamaciones “wrongful conception”, “wrongful birth” y “wrongful life”, y el derecho de responsabilidad civil o patrimonial. Es claro, que tanto los avances tecnológicos, la liberalización de las distintas convicciones morales y religiosas, y los distintos cambios de orden cultural, han contribuido en que las reclamaciones de responsabilidad relacionadas con el nacimiento o el mero hecho de vivir, se hayan convertido en uno de los supuestos de hecho relevantes para el derecho de daños; cuestión que no hace mucho tiempo atrás resultaba impensable. Este estudio se enfoca de manera concreta en verificar si de conformidad con los postulados normativos del Derecho de daños tanto en el ordenamiento jurídico colombiano como español, las reclamaciones objeto de nuestro estudio resultan compatibles; permitiendo así, identificar las distintas particularidades que en cuanto al tratamiento jurídico y doctrinal reciben estas reclamaciones en un ordenamiento u otro.

El enfoque netamente jurídico que recibe este trabajo, rechaza de manera enfática las connotaciones sociales, religiosas y culturales como argumentos determinantes en la resolución de los problemas jurídicos que se evidencian a partir del estudio de estas reclamaciones; connotaciones que de suyo llevan aparejadas estas reclamaciones de responsabilidad; siendo en la realidad de los hechos, tan importantes y determinantes que *per se* constituyen un obstáculo fundamental para que las mismas puedan resultar relevantes respecto del derecho de daños. Es claro, que la tendencia a vincular la responsabilidad con este tipo de reclamaciones, en gran parte depende del grado de consolidación que puedan llegar a tener en una sociedad las distintas creencias religiosas, morales y éticas, de tal manera que si estas encuentran un grado superior de inherencia respecto de la sociedad muy probablemente la tendencia de dicha sociedad, y por tanto de aquellos quienes administran justicia, se traducirá en el rechazo de estas reclamaciones. En este trabajo se trata de efectuar un análisis jurídico de los distintos cuestionamientos que resultan inherentes a estas pretensiones de responsabilidad; de aquellas dificultades que se relacionan de manera directa con los distintos elementos de la responsabilidad civil. Se efectúa un análisis que se encuentre desprovisto, al menos en la justa medida, de aquellas cuestiones extrajurídicas que no tienen relevancia directa en este estudio, pero que a pesar de ello sí resulta interesante mencionar.

La conclusión que finalmente arroje este estudio se especificará en argumentos netamente jurídicos, de tal manera que sean precisamente estos los que finalmente determinen si estas reclamaciones de responsabilidad resultan compatibles respecto del ordenamiento jurídico colombiano y español.

ABSTRACT

This research pretend to highlight and clairify some points about the compatibility between the complaints “wrongful conception”, “wrongful birth” and “wrongful life”, and the liability law. Technological advances, the liberalization of the different ethical, moral and religious convictions and current cultural life evolution in our society have contributed to the liability complaints related to the birth or the fact to exist and it have turned into one of the most important facts in this discipline, this idea was unthinkable some time ago. This reasearch try to verify if in accordance with the normative in the Colombian and Spanish legal system, these liability complaints are consistent and also indentify what features are different in the legal and doctrinal senses of this complaints in these two legal systems.

The legal approach of this work rule out any social, religious and cultural aspect as principal argument in the resolution of the legal conflict derived from the research of these complaints; it is clear that these aspects in themseleve carry these liability complaints and as result, they are as important that per se constitute an elemental hurdle to be undertaken as relevant for liability law. It is clear, that tendency to link civil liability to these kind of complaints depends strongly on impact of the religious beliefs, ethical and moral rule have in a current society, in a way that, if they have a higher relevance it is probably that society and those who administer justice reject strongly these complaints. This work try to make a legal analysis about the different challenge which are inherent to these liability claims; and also about those issues that are directly related to the differents element into civil liability. We made all this analysis without extra-legal issues that do not have direct relevance in this research, but nevertheless is interesting to consider.

The conclusion that finally show and dispose this research will be specified on purely legal ground, in a way that be precisely these arguments which set if these liability complaints are compatible with the Colombia or Spanish legal system.

ABREVIACIONES

ADC	Anuario de Derecho Civil
App	Appeal
ALL E.R	All England Law Reports
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshof in Zivilsachen
Bull. Civ	Bulletin Civil
BVerFGE	Bundesverfassungsgericht
Catholic Univ. L. Rev.	Catholic University Law Review
CC	Código Civil Colombiano
C.E	Constitución Española
CCE	Código Civil Español
CCJC	Cuaderno Civitas de Jurisprudencia Civil
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
Colum. JL & Soc.	Columbia Journal of Law and Social Problems
CP	Constitución Política Colombiana
CPACA	Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo
DGP	Diagnostico Genético Preimplantacional
DIU	Dispositivo Anticonceptivo Intrauterino
EPS	Empresas Promotoras de Salud
EWCA	European Writing Centers Association
FCR	Family Court Reporter
FIV	Fecundación in Vitro
IPS	Instituciones Prestadoras de Salud

IVE	Interrupción Voluntaria del Embarazo
JCP	Juris Classeur Périodique
JZ	Juristenzeitung
LGDJ	Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence
LRJPAC	Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OMS	Organización Mundial de la Salud
OLG	Oberlandesgericht
RJC	Revista Jurídica de Cataluña
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TRA	Técnicas de Reproducción Asistida
VerSR	Versicherungsrecht
VS	Vasectomía sin Bisturí
WLR	Weekly Law Reports

INTRODUCCIÓN

La responsabilidad civil o patrimonial como instrumento fundamental en la garantía del principio de reparación integral ha venido aumentando indudablemente su radio de acción respecto de los supuestos de hecho que le resultan relevantes. Las reclamaciones de responsabilidad relacionadas con el nacimiento, así como con el mero hecho de vivir, se han convertido en otros de los grandes supuestos de hecho, objeto de estudio de la responsabilidad civil; siendo al mismo tiempo polémico su abordaje, pues se ha criticado en gran medida que la vida pueda ser entendida como un daño indemnizable, con independencia de la condición en que esta se manifieste. Sin lugar a dudas, los avances tecnológicos, la liberalización de las distintas convicciones morales y religiosas, y los distintos cambios de orden cultural, han incidido de manera fundamental en darle cabida a esta idea tendiente a vincular la responsabilidad civil con estas concretas reclamaciones.

Las pretensiones de responsabilidad relacionadas con el nacimiento han sido una constante en el derecho de daños, y es evidente que se han venido consolidando en la actualidad. Ante este fenómeno, la jurisprudencia y la doctrina han venido efectuando pronunciamientos interesantes respecto de las mismas; en algunas ocasiones rechazando de antemano cualquier tipo de vinculación respecto de la responsabilidad, y en otras autorizando dicha vinculación con algunos condicionantes. También es de destacar, que la tendencia a vincular la responsabilidad con este tipo de reclamaciones, en gran parte depende del grado de consolidación que puedan llegar a tener en una sociedad las creencias religiosas morales y éticas más conservadoras, en tanto que si estas encuentran un grado superior de inherencia respecto de la sociedad muy probablemente la tendencia de dicha sociedad se traducirá en el rechazo de estas reclamaciones. Es precisamente por esta razón, por la que ha sido común encontrar que aquellos ordenamientos jurídicos que le han dado cabida a estas reclamaciones han sido precisamente países en donde aquellas creencias morales y religiosas se han tendido a liberalizar un poco, siendo consideradas en muchas ocasiones como sociedades poco conservadoras y que se mantienen a la vanguardia. Es evidente, que sociedades como la latinoamericana, son un ejemplo claro de sociedades fuertemente conservadoras, en donde este tipo de reclamaciones no han tenido gran acogida, hasta el punto que han sido casi nulos los pronunciamientos que los tribunales han tenido que hacer al respecto, tal como se analizará en este trabajo.

En este estudio nos enfocaremos en las reclamaciones “wrongful conception”, “wrongful birth” y “wrongful life”, aun cuando se hará una pequeña referencia sobre algunos otros ejemplos de reclamaciones relacionadas con la vida misma. Este estudio se pretende abordar teniendo en cuenta los elementos propios del derecho de responsabilidad civil y del Estado. El derecho público sin lugar a dudas ha tenido que hacer frente a estos nuevos supuestos o eventos que han venido pretendiendo vincular al derecho de daños; siendo precisamente la jurisprudencia contencioso administrativa la que se ha encargado de llevar a cabo tan complicada labor teniendo en cuenta los principios propios de la responsabilidad patrimonial. No obstante, tal situación ha evidenciado una dualidad de tratamiento respecto del derecho privado, situación que ha afectado de manera importante el derecho de daños, en tanto que sin haber existido razón que así lo justifique, es común encontrar fallos en derecho que resultan completamente disímiles única y exclusivamente por ser proferidos en el ámbito del derecho privado o del derecho público, máxime cuando se trata de supuestos de hecho similares y que aun en algunos casos resultan idénticos. A lo largo de este estudio se evidenciará esta

situación y se otorgarán luces acerca de cuál ha sido el tratamiento que al respecto han efectuado los tribunales de derecho privado como los de derecho público, no solo en el caso español, sino también cuál ha sido la experiencia que en el caso colombiano ha existido respecto de estas reclamaciones. De igual manera, se explicará de manera más detallada cómo funciona el sistema de salud tanto privado como público, en países como Colombia y España, a efectos de que se tenga una idea de en qué eventos tal asunto necesariamente debe ser abordado en el seno del derecho privado y en qué eventos en el seno del derecho público, naturalmente con las implicaciones que esto ostente en materia de reconocimiento de daños e incluso de topes indemnizatorios.

Por otra parte, es de destacar que si bien todos los elementos de la responsabilidad resultan fundamentales, no es menos cierto que el daño y la causalidad tradicionalmente se han encumbrado como los obstáculos más importantes en el estudio de estas pretensiones de responsabilidad. Así, pues, se intentará a través del presente estudio abordar uno de los cuestionamientos más importantes, y es justamente el relativo a si el mero hecho de nacer, o la vida en sí misma considerada, sea cual sea las condiciones en que esta se manifieste, puede ser considerada a la luz del derecho de responsabilidad como un daño indemnizable. Es acaso posible que a la luz de los principios constitucionales y legales del ordenamiento jurídico tanto colombiano como español esto pueda llegar a considerarse? En segundo lugar, la causalidad es otro de los grandes obstáculos que se abordarán muy detenidamente, de manera tal que sea posible verificar si a la luz de los principios y reglas propias de los ordenamientos jurídicos que correspondan, resulta posible acreditar su cumplimiento.

De igual manera resulta fundamental tener en cuenta la normatividad que rige tanto en el ordenamiento jurídico colombiano como español a efectos de analizar si a partir de sus regulaciones específicas estas reclamaciones pueden resultar compatibles. Así, pues, existe un aspecto no poco importante que naturalmente se analizará en detalle a lo largo de este trabajo, y es el relativo a la particular regulación existente en el Estado colombiano sobre el derecho a interrumpir voluntariamente el embarazo. Es claro que a partir de la sentencia insignia C- 355 de 2006, la Honorable Corte Constitucional colombiana, autorizó la práctica del aborto en Colombia, pero limitándola única y exclusivamente a tres eventos concretos, a saber, i) cuando se presente un peligro para la salud tanto psicológica como física de la gestante ii) cuando exista grave malformación del feto que resulte incompatible con la vida y iii) cuando la concepción se haya realizado con ocasión de una relación sexual no consentida, transferencia de ovulo fecundado o inseminación artificial no consentida. Si bien las pretensiones de responsabilidad objeto de nuestro estudio ostentan un cúmulo de dificultades que le son inherentes, como lo acabamos de mencionar, es evidente, pues, que este derecho a interrumpir voluntariamente el embarazo de manera restringida a estos concretos eventos, supone un obstáculo adicional o añadido a los que le resultan tradicionales. Así mismo, y cuestión no menos importante es determinar cuáles son esas malformaciones que resultan incompatibles con la vida, y si el concepto vida hace referencia a la mera existencia biológica o a la concepción de vida desde la perspectiva de una existencia digna?

En la actualidad son casi nulos los pronunciamientos por parte de la doctrina y la jurisprudencia colombiana respecto de este tipo de pretensiones, muy a pesar de que se trata un asunto relevante en el estudio del derecho de daños, en tanto que los avances tecnológicos y la evolución de la sociedad en sus distintos ámbitos no resulta ajena a

nuestro país. Prueba de ello, ha sido precisamente el hecho de que ya se han empezado a presentar las primeras demandas que contienen este tipo de reclamaciones; lo que da cuenta de que resulta fundamental efectuar de manera urgente un estudio sobre las mismas. Por su parte, en España tanto la jurisprudencia como la doctrina han tenido gran participación en el estudio de estas pretensiones de responsabilidad, sin llegar a señalar que existan, salvo contados casos, estudios que aborden de manera general y completa a la luz de los elementos de la responsabilidad civil y patrimonial estas concretas reclamaciones.

Así, pues, lo que se busca con el presente trabajo, es precisamente efectuar en la medida de lo posible un aporte a la literatura jurídica, y si bien en el caso español, han existido algunos señalamientos al respecto, es claro que estos han tendido a circunscribirse en las reclamaciones “wrongful birth” y “wrongful life”, pero no en las “wrongful conception”; siendo de gran importancia pretender efectuar un análisis general que integre estas tres concretas pretensiones de responsabilidad, de manera tal que se otorgue mayor claridad en cuanto a esta temática. Finalmente, en lo que tiene que ver con el ordenamiento jurídico colombiano, este tipo de pretensiones se abordarán no solo teniendo en cuenta las particularidades propias de las mismas, así como los obstáculos que tradicionalmente le resultan inherentes, sino también aquellos obstáculos o dificultades adicionales que se podrían manifestar si las mismas pretenden tener cabida en el ordenamiento jurídico, y si en efecto, y desde una perspectiva eminentemente jurídica y no metajurídica, es posible que suceda.

CAPÍTULO PRIMERO

APROXIMACIÓN A LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR “WRONGFUL CONCEPTION”, “WRONGFUL BIRTH” Y “WRONGFUL LIFE”

1. EL INSTITUTO DE LA RESPONSABILIDAD COMO MECANISMO FUNDAMENTAL PARA LA REPARACIÓN DE DAÑOS RESARCIBLES

Para hablar del origen de un verdadero deber de reparación civil, es necesario remitirse a aquella época propia del mundo antiguo en que se empieza a abandonar la concepción de responsabilidad fundada en la sujeción personal del causante del daño “nexum”, para darle paso a la que se edifica sobre el patrimonio de este. Se descarta así, la “venganza del ofendido” como el vehículo a través del cual este se daba por satisfecho, y se comienza a hablar de obligaciones de tinte pecuniario como la alternativa idónea para la reparación de los daños conculcados. Sin ánimo de ser categóricos en este sentido, es posible identificar en la promulgación de la “Lex Aquilia” el ejemplo más antiguo de lo que a nuestra consideración constituye una verdadera y propia obligación de resarcimiento, naturalmente con aspectos muy distintos a los que caracterizan esta obligación en el derecho moderno. Lo anterior, sin perjuicio de que en épocas anteriores ante la causación de un perjuicio, a efectos de satisfacer la necesidad de mitigar el rigor de la ley del “ojo por ojo y diente por diente” se haya implementado la ofrenda voluntaria de sumas de dinero como mecanismo de “reparación” alternativo a “la pena del Talió”¹.

Es indudable, por tanto, la influencia que el derecho romano ha protagonizado en la evolución del derecho de responsabilidad civil. Evolución que también se experimentó en su seno, tal como se puede corroborar si se analiza cómo poco a poco el concepto de reparación de daños fue haciéndose más amplio en comparación con aquel que en un principio podría predicarse de la interpretación de las disposiciones de la “Lex Aquilia”.

Dejando de un lado este breve análisis evolutivo, es claro, pues, que la responsabilidad civil se ha consolidado como una respuesta eficaz y adecuada a los distintos efectos colaterales producidos por el tráfico jurídico, tecnológico y económico inherentes a la sociedad moderna, consecuencias que se traducen en la causación de daños o perjuicios que menoscaban los derechos e intereses protegidos por parte del ordenamiento jurídico. Así las cosas, surge la obligación legal de reparación patrimonial respecto de los daños infligidos a cargo de sus causantes como solución eficaz otorgada por el ordenamiento jurídico para solventar las distintas contingencias que se relacionan de manera directa con el desarrollo propio de la vida organizada.

La referenciada institución jurídica contribuye a su vez a un desarrollo social desde su ámbito económico, tecnológico y cultural, permitiendo un equilibrio entre los avances tecnológicos y científicos propios de la actualidad, y la paz social, elemento de fundamental importancia en cualquier Estado social de derecho. El equilibrio

¹ PRÉVOT, Juan Manuel, *La obligación de seguridad*, Temis S.A, 2ª edición, Bogotá, 2012, p. 19. Elaborando un análisis más profundo sobre la evolución de la responsabilidad civil. Ver. PEIRANO FACIO, Jorge, *Responsabilidad Extracontractual*, Temis S.A, 2ª edición, Bogotá, 2004, p. 99 - 133.

mencionado hace referencia al desenvolvimiento permitido por el ordenamiento jurídico de la actividad económica, con todos los riesgos de daños a terceros que esto implica, satisfaciendo a su vez, los intereses de las personas que resulten afectadas por los mismos y que no ostentan el deber jurídico de soportarlo, presupuesto este último de suma importancia. En este sentido, el ordenamiento consagra unos elementos comunes de gran trascendencia para la imputación de responsabilidad, y los cuales necesariamente se deben verificar a efectos de que proceda la mencionada obligación legal de resarcimiento de un perjuicio.

Adquiere notable importancia señalar que los elementos comunes a las demandas de responsabilidad por daños, no es precisamente un tema indiferente a las contradicciones doctrinales, en razón a la existencia de autores que en sus consideraciones señalan elementos adicionales², que quizás ya se encuentren insertos en algún otro. Al margen de ello, señalaremos los elementos tradicionales que gobiernan el instituto de la responsabilidad civil: (i) la acción u omisión que produce o lleva a cabo el acto reprochable bien sea con culpa o sin ella dependiendo del título de imputación aplicable. (ii) la producción de un daño, que a estos efectos debe ser necesariamente antijurídico. (iii) la existencia de un nexo de causalidad entre la acción u omisión del agente y el daño antijurídico.

Por otro lado, también cabe destacar que esta institución jurídica ha sido objeto de múltiples avances tanto a nivel cualitativo como cuantitativo, poniendo de manifiesto pretensiones de responsabilidad de muy variada índole, estas se han venido desarrollando a lo largo del tiempo partiendo de la idea de garantizar en la medida de lo posible la reparación de los perjuicios efectivamente sufridos por parte de la víctima. Así mismo, a través de la evolución de la responsabilidad civil o patrimonial, la cual no ha sido ajena a los distintos avances tecnológicos y científicos que se han venido produciendo desde mediados del siglo XVIII, con las primeras transformaciones socioeconómicas, tecnológicas y culturales propias de la revolución industrial, hasta la actualidad, se ha permitido identificar una constante ampliación de las categorías tradicionales del daño resarcible, que atendiendo a la realidad social de la actualidad seguirá en aumento.

La exigencia de reparación por el daño causado por parte del infractor, así como por la realización de los riesgos a su cargo³, han convertido la responsabilidad civil o patrimonial en la herramienta fundamental para el resarcimiento de aquellos daños que por sus características resulten antijurídicos, y en consecuencia aptos para resarcirse. Si bien resulta necesario aclarar que la resarcibilidad de estos no obedece a un criterio unánime tanto en la legislación general, la doctrina y la jurisprudencia, sí que es cierto, que la antijuridicidad juega un papel fundamental como criterio orientador para la identificación de los daños indemnizables. Así las cosas, el Derecho de daños no solo funciona como vehículo instrumental, a través del cual se hacen efectivas las indemnizaciones producto del menoscabo sufrido por las víctimas, sino también para la configuración, que aunque no precisa que sería lo más ideal, de una categoría de daños resarcibles que permita identificar de manera más o menos clara la existencia de perjuicios reprochables jurídicamente.

² POVEDA GONZALEZ, Pedro; MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ, José; PAZ RUBIO, José, *Tratado de Derecho civil*, Bosch, Tomo III, 1ª edición, 2003, Barcelona, p. 398.

³ Es de destacar que el título de imputación por riesgo nace como consecuencia del desarrollo económico y tecnológico de la sociedad, así como a causa del traspaso de ciertas prerrogativas del individuo a aquella.

- a) La responsabilidad médica: piedra angular de las reclamaciones “wrongful conception”, “wrongful birth” y “wrongful life”.

La actividad médico-hospitalaria encierra una importancia absoluta en la actualidad, máxime si se tiene en cuenta la trascendencia que estas actuaciones médicas han venido adquiriendo hasta nuestros días, en parte también por la importancia fundamental que encierra la idea de protección del derecho a la salud, integridad física y vida⁴. La comercialización de la actividad médica también se ha convertido en un factor determinante para la trascendencia de este tipo de actividades, pues los intereses que encierran las mismas, no solo obedecen a fines altruistas o solidarios sino también a intereses de carácter económicos que desdibujan y se podrían contraponer en determinados casos a la esencia misma de la labor médica.

Justamente en atención a lo anteriormente anotado, la responsabilidad médica se ha convertido en una rama del Derecho de daños que ha venido aumentando su radio de acción y ha despertado a su vez, un mayor interés por parte de los estudiosos en la materia, pues las cuantiosas indemnizaciones que se generan en este ámbito del derecho, a causa de los daños que se ocasionan en virtud de dichas actividades, han sugerido una regulación más específica para este tipo de labores. Actividad de la que desde luego, también ha necesitado de la intervención de la doctrina y la jurisprudencia para la interpretación adecuada de los distintos preceptos normativos relativos a la responsabilidad civil en general, los cuales, en principio, no atienden a la naturaleza específica que requieren estos servicios médico-hospitalarios.

En relación con esta cuestión, se manifiesta el doctor Concepción Rodríguez, quien señala de manera enfática que la labor de la jurisprudencia ha sido vital para el desarrollo de la responsabilidad médica, incluso permitiendo la creación de doctrinas que no se encuentran previstas en la legislación. Al respecto señala:

“No existen muchos campos del derecho en los que se haya suscitado últimamente mayores cambios que en el terreno de la responsabilidad médica y en general de todo el personal sanitario; no ya en el aspecto legislativo, en el que nuestro Código Civil sigue sin contemplar, siguiendo la más pura tradición del Código Napoleónico, ningún precepto relativo a esta responsabilidad médica, a diferencia de lo que ya sucedía en el Código de Hammurabi y en la Lex Aquilia, que incluían disposiciones contra aquellos médicos que con su intervención causaren daños, aunque fuesen referentes a un supuesto limitado, sino en el terreno de las reclamaciones diarias que tienen lugar ante los Tribunales de justicia, que son, en definitiva, los que han tenido que ir creando una doctrina que supla la inexistencia anteriormente aludida de falta de regulación legal”⁵

Tal incremento exponencial en el estudio de la responsabilidad patrimonial desde la órbita de la actuación médica, es posible que se haya presentado en razón a varios

⁴ GARCIA BLAZQUEZ, Manuel y MOLINO COBO, Juan, *Manual práctico de responsabilidad y defensa de la profesión médica. Aspectos jurídicos y médico-forenses*, Comares, Granada, 1995, p. 11; MONTERROSO CASADO Esther, “Diligencia médica y responsabilidad civil”, *Asociación española de abogados especializados en responsabilidad civil y seguros*, Revista No. 43, 2012; DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo, *Responsabilidad civil por actos médicos. Problemas de prueba*, Civitas, 1999, p. 21.

⁵ CONCEPCIÓN RODRIGUEZ, José, *Derecho de daños*, Bosch, Barcelona, 2009, p. 181.

factores de distinta índole: la pérdida del temor reverencial de antaño que se sostenía respecto del profesional de la medicina, los avances de la medicina que aumentan en gran medida los riesgos de error y permiten distinguir con cierta precisión una actuación incorrecta, la comercialización de la prestación de los servicios médico-hospitalarios, entre otras razones⁶. Argumentos estos, que han llevado inexorablemente a que se haya creado dentro de la conciencia social la obligación de un deber de reparación por parte de los encargados de prestar el servicio médico-hospitalario en ocasión a los daños que se han podido llevar a cabo como consecuencia de dicha prestación.

El desarrollo económico y tecnológico, y, por tal motivo, las consecuencias que este genera, también han contribuido no solo al surgimiento de la responsabilidad médica sino también a su consolidación, pues el aumento de conocimientos científicos y técnicos en la materia ha permitido tanto la evolución de la sociedad como el acaecimiento de grandes avances en esta rama del conocimiento. En efecto, esto ha generado de manera correlativa una mayor exigencia sobre el saber médico, haciendo cada vez más predecibles los resultados producto de su ejercicio, esto sin pretender claro está, relegar la existencia del azar y el desconocimiento exponencial que encierra esta disciplina. Lo que sí es cierto, es que el parámetro de diligencia, como en su momento tendremos la oportunidad de precisar, ha venido aumentando de forma proporcional y gradual al avance del conocimiento de la medicina, de tal manera que este avance científico no resulta para nada indiferente al instituto de la responsabilidad civil.

La obligación que acarrea dicha labor para los encargados de prestar el servicio médico-hospitalario tampoco se ha visto al margen de la evolución tecnológica y científica que ha experimentado la sociedad actual, de suerte que aunque mayoritariamente se haya endilgado para los mismos una obligación de medios, premisa que lleva a la conclusión de que el profesional de la salud no queda obligado a lograr el resultado esperado en todo caso, existen en la actualidad quienes sostienen la atribución de obligaciones de resultado, o, en su defecto, apoyan la idea de acogerse a la tendencia de la totalización de las responsabilidad de los profesionales. El régimen de responsabilidad aplicable en el ámbito médico-hospitalario, si bien hace parte de un régimen que podríamos calificar como de “responsabilidad subjetiva”, existen determinados supuestos que dada la naturaleza de ciertas circunstancias se ha estimado posible hablar de la existencia de títulos de imputación propios de los regímenes de responsabilidad objetiva (responsabilidad por riesgo), v.gr., cuando haya tenido lugar un daño antijurídico a causa de la utilización de productos defectuosos en la atención médica, o aquellos supuestos en donde el daño surge como consecuencia directa de la transmisión de infecciones nosocomiales. Sea como fuere, se trata de una cuestión que no goza de un total asentamiento y sobre la que es común encontrar opiniones disímiles.

Destacando la incidencia de los avances científicos y tecnológicos en el ámbito de la responsabilidad médica, Pacheco Jiménez resalta la evolución del ámbito médico como consecuencia directa de estos avances propios de la sociedad moderna, señalando además el aumento de un parámetro de diligencia en la actividad de los profesionales de la salud y la necesidad de llevar a cabo, incluso procedimientos más rigurosos. Al respecto señala:

⁶ En esta misma línea se encuentran los autores, BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Jurídica de Chile, Santiago, 2006, p. 658; FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús, “Responsabilidad civil de los profesionales sanitarios. La Lex artis. Criterios jurisprudenciales”, *Revista jurídica de Castilla y León*, No.3, Valladolid, 2004, p. 170.

“En los últimos tiempos se puede apreciar un incremento en la oferta y demanda de servicios profesionales más especializados. (...) ello obedece al aumento del nivel de bienestar global en el entorno social, unido a un acceso masivo a los bienes de consumo, así como a un imparable desarrollo tecnológico y científico. El ámbito sanitario participa de esta evolución, llevando a sus profesionales a servirse de conocimientos y habilidades cada vez más rigurosos, en aras a un adecuado y correcto desempeño de su actividad profesional. Pueden reseñarse en este punto tres elementos clave: 1) La notable progresión de sus obligaciones y deberes, tanto de carácter general (necesidad de una mayor preparación y cualificación) como específicas (vinculación con cada paciente a través de los deberes de información y de secreto). 2) La asunción de riesgos mayores respecto a los pacientes dada la amplitud y efectividad de las prestaciones sanitarias. 3) La sustancial modificación de las tradicionales relaciones entre profesional y paciente, y consecuentemente en el campo de la responsabilidad, en base a la posesión de conocimientos más especializados. Así pues, en la medida en que la actuación diaria de los profesionales de la Medicina incide en la vida, la integridad física y psíquica de las personas, la exigencia de responsabilidades a aquellos es mucho más estricta. Es aquí donde alcanza su máxima expresión la denominada “lex artis ad hoc” o modelo de conducta por el cual han de regirse las actuaciones de los profesionales sanitarios en el desempeño de sus tareas, adaptando su diligencia al caso concreto y a las circunstancias en que las mismas se desarrollen, teniendo en cuenta especiales características (v. gr., el autor del acto médico, la profesión, la complejidad y trascendencia vital del paciente) y, en su caso, la influencia de otros factores (v. gr. estado e intervención del enfermo, de sus familiares, de la organización sanitaria, etc.)”⁷.

En la misma línea se manifiesta Galán Cortes, quien resalta la evidencia de que cada ciudadano conoce día con día en mayor medida sus derechos, lo que propicia de manera directa el aumento tanto cuantitativo como cualitativo de las reclamaciones. Adicionalmente señala algunos factores que considera pueden contribuir de igual manera a este aumento en las demandas por responsabilidad civil del profesional médico:

“la deshumanización actual del ejercicio médico, la socialización de esta actividad y su práctica en grandes centros hospitalarios, la pérdida de esa atmósfera de confianza que otrora presidía las relaciones médico-paciente, la superespecialización médica y, especialmente, el sentir generalizado de la población de un cierto derecho a un resultado exitoso en cualquier tratamiento, especialmente quirúrgico, que viene provocado por el sentimiento actual de que la medicina lo puede todo, dado sus enormes avances científicos (trasplante de órganos, ingeniería genética..), en tal forma que los médicos y cuantos colaboran en el ámbito sanitario devienen

⁷ PACHECO JIMENEZ, María, *Acciones Wrongful birth y Wrongful life: Una controvertida vía de responsabilidad civil médica*, en línea, 2011, disponible en página web: <https://www.uclm.es/CU/csociales/pdf/documentosTrabajo/2011/2-2011.pdf>. Última visita: 1 de agosto de 2016.

víctimas de la responsabilidad de su propio éxito, aunque resulte paradójica tal afirmación”⁸.

En este orden de ideas, es la responsabilidad médica el marco jurídico, por denominarlo de alguna manera, en la que se encuentran las llamadas reclamaciones “wrongful conception”, “wrongful birth” y “wrongful life”. Estas demandas revisten una particularidad fundamental que es necesario colocar de manifiesto, parecen enfocar uno de los elementos comunes de la responsabilidad patrimonial en un evento que resulta a todas luces problemático, pero que no por ello se pueda decir “a priori”, desacertado: El inicio de la vida.

Las reclamaciones de responsabilidad relacionadas con el inicio de la vida son totalmente desconocidas en el ordenamiento colombiano, adicionalmente tampoco han existido sentencias que hayan resuelto reclamaciones de responsabilidad por estos hechos. Por tal motivo, es posible que la recepción de la mencionada doctrina provoque algún grado de reticencia por parte de la jurisprudencia y algún sector de la doctrina, pero que en todo caso, su estudio a la luz de dicho ordenamiento jurídico resulta perfectamente viable. Por otro lado, en España, sí que se han presentado variadas demandas de responsabilidad relacionadas con el inicio de la vida, aunque no podríamos sostener que estas han sido plenamente asimiladas por parte de los entendidos en la materia, en razón a que el obstáculo que plantea la vida como valor supremo del ordenamiento jurídico constituye un gran impedimento para la aceptación unánime de este tipo de reclamaciones. Atendiendo a nuestro objeto de estudio, en términos generales, podríamos decir que los mayores obstáculos que han tenido que enfrentar aquellas reclamaciones de responsabilidad “wrongful conception”, “wrongful birth” y “wrongful life”, no solo en España sino también en los ordenamientos jurídicos en que estas hayan sido propuestas, se refieren a dos aspectos fundamentales: (i) la idea de que el valor supremo del bien jurídica vida no resulta compatible con la identificación del daño. (ii) la dificultad de acreditar un nexo de causalidad entre la conducta médico-asistencial y el daño causado.

La responsabilidad médica, constituye así, el ámbito jurídico en el que se van a desenvolver este tipo de demandas, lo cual no podría llegar a ser de otra manera, toda vez que los daños por los que se solicita reparación surgen en el marco de la prestación médico-hospitalaria.

2. LAS RECLAMACIONES DE RESPONSABILIDAD QUE SE FUNDAMENTAN EN EL NACIMIENTO

Con la finalidad de establecer la fijación de un panorama general respecto de las reclamaciones de responsabilidad “wrongful conception”, “wrongful birth” y “wrongful life”, reclamaciones estas de carácter “sui generis”, en tal forma que el evento que suponen como daño antijurídico se relaciona de manera específica con el hecho de la vida. Resulta prudente y adecuado a efectos de obtener una mayor comprensión del tema, realizar un análisis previo y general respecto de sus antecedentes, así como el análisis de otras reclamaciones también relacionadas con el inicio de la vida, que si bien son totalmente distintas, parten del mismo presupuesto fáctico: El hecho de vivir.

⁸ GALÁN CORTÉS, Julio, *Responsabilidad civil médica*, Aranzadi S.A, 3ª edición, Pamplona, 2011, pp. 19-20.

La primeras demandas de responsabilidad que involucran el inicio de la vida como objeto clave de su pretensión se presentan de manera tímida y algo escéptica en Estados Unidos; estas acciones si bien es cierto fueron inicialmente rechazadas y altamente cuestionadas por parte de la jurisprudencia y la doctrina de dicho Estado, no es menos cierto que marcaron un hito en el estudio de la responsabilidad patrimonial por cuanto abrieron de manera importante un nuevo camino hacia una visión alternativa del estudio de la responsabilidad, al colocar en consideración la vida o el hecho de vivir como un eventual daño.

En concreto, las primeras pretensiones de responsabilidad se identifican en mayor medida con las demandas “wrongful conception”, y se refieren a algunos intentos infructuosos en los que se reclamaba contra el profesional médico en el marco de un proceso de esterilización por la práctica negligente del mismo. Estos se referían específicamente a la realización de vasectomías que evitaran la concepción y consecuente procreación, bien sea por razones de salud de la pareja, bien por razones económicas que exigían este tipo de medidas⁹. Es importante destacar que estas demandas relacionadas con el inicio de la vida suponían un cambio de paradigma en el derecho de responsabilidad pues aunque las pretensiones de la demanda no fijaran a la vida como el daño en concreto por el que solicitaban indemnización, sí fijaban a esta como la causa inmediata de los daños a los que los demandantes se vieron expuestos.

Este tipo de casos a pesar de su rechazo inicial por parte de los tribunales norteamericanos iba a ir permitiendo abrir las puertas a una serie de reclamaciones judiciales posteriores en las cuales la vida podría ir perdiendo poco a poco la consideración de “bendición absoluta”, y constituirse como la causa principal en algunos casos de las acciones judiciales resarcitorias. Constituyen claros ejemplos los asuntos: Christensen v. Thornby en 1934, así como el caso Shaheen v. Knight en 1957. En estos casos los Tribunales judiciales mantuvieron la misma línea argumentativa y sostuvieron que no resultaba ajustado a derecho admitir una indemnización a causa del nacimiento de un niño ni siquiera por gastos que no estuvieran directamente relacionados con el nacimiento, se partía de la consideración de que el gran fin del matrimonio era la procreación de los hijos, lo cual dificultaba identificar en ella el fundamento de la condena indemnizatoria. Además señalaban que conceder una eventual indemnización por daños y perjuicios en estos términos contribuiría a la causación en el niño de daños emocionales al enterarse que su nacimiento se debió a la negligencia de los médicos, y no al deseo de sus padres.

Posteriormente, surgen en los Estados Unidos las denominadas acciones de “Disadvantaged” o “dissatisfied life”¹⁰ (vida insatisfecha), estas pretensiones de reclamación iban más allá y basaban su fundamento en la calificación de daño a la vida en condiciones sociales o familiares desventajosas, de tal manera que vivir en condiciones económicas indeseables, o la existencia de una descendencia extramatrimonial constituían supuestos afirmativos de la acreditación de un daño a

⁹ Véase los casos. Christensen v. Thornby, 192 Minnesota 123, 255 NW 620 (1934); (1934) y Shaheen v Knight, 11Pa. D. gc C. 2d 41 (1957).

¹⁰ DE WITT, Rogers, “Wrongful life and wrongful birth: medical malpractice in genetic counseling and prenatal testing”, *Revista South Carolina Law Review*, No. 33, 1982, p. 718; FURROW, Barry, “Diminished lives and malpractice: courts stalled in transitio”, *Revista Law, Medicine & Health Care*, No. 10, 1982, p. 100; FURROW, Barry, “The causes of Wrongful life suits: Ruminations on the diffusion of medical technologies”, *Revista Law, Medicine & Health care*, No. 10, 1981, p. 11.

efectos de la atribución de responsabilidad patrimonial correspondiente. Adicionalmente a este, planteaba otro requisito importante que surge como consecuencia del fundamento anteriormente mencionado, y es que fungía el padre responsable de la procreación como el legitimado por pasiva, por tratarse del causante directo del resultado final. Este tipo de reclamaciones de responsabilidad se comenzaron a plantear en Estados Unidos a través de un caso muy famoso y sonado en 1963, llamado el caso *Zepeda v. Zepeda*, en el que un niño demanda a su padre por el hecho de haber nacido en condiciones familiares desventajosas, específicamente, por haber nacido fuera de la institución del matrimonio. El padre mediante artificios había logrado convencer a la madre para sostener relaciones sexuales con ella, lo que trajo como consecuencia el nacimiento del niño.

No obstante lo anterior, cabe resaltar que este tipo de acciones tampoco fueron bien recibidas por parte de los tribunales de justicia norteamericanos¹¹, rechazando estas demandas en su integridad por considerarlas indiferentes a los elementos comunes de la responsabilidad civil, específicamente por considerar que no se manifestaba daño alguno en la existencia de una vida en condiciones familiares o sociales desventajosas. Y que aunque así hubiese llegado a admitirse, esto contravendría necesariamente otros intereses de carácter general, tales como el orden público y el respeto a la supremacía del bien de la vida.

La anterior situación provocó, como ya lo habíamos puesto de manifiesto, -a pesar de las negativas y rechazos a estas demandas relacionadas con el inicio de la vida- considerar la idea del hecho del nacimiento como un eventual daño si se presentaban algunas circunstancias particulares, que quizás, hicieran más digerible esta idea. Consideraciones estas que más adelante se van a presentar también en Francia, lo cual en su momento, analizaremos con mayor detenimiento. Así las cosas, se planteó la posibilidad de incoar dichas demandas de responsabilidad aun frente a los padres, pero basando el pedimento en la existencia de una vida enferma o discapacitada producto de la negligencia o irresponsabilidad de estos al permitir dicho nacimiento, bien porque hubieran causado el daño directa o indirectamente a través de alguna conducta, bien porque conociendo del riesgo que existía de presentarse dichas malformaciones, accedieron a la procreación y al consecuente nacimiento del niño. Dicho juicio de valor era fundamental para esta nueva tendencia, en razón a que la imputación de responsabilidad se basaba precisamente en el ejercicio negativo de la libertad de procrear o de abortar; acciones estas, que gran parte del sector doctrinal denominó, acciones de procreación irresponsable¹².

Estas nuevas consideraciones existentes durante la década de los 60 y 70, constituirían la base fundamental para la proliferación de nuevas demandas relacionadas con el inicio de la vida, no teniendo a los padres como legitimados exclusivos en la causa pasiva sino incorporando también al profesional médico, tal como se había venido realizando infructuosamente con anterioridad. Los supuestos que se barajan a partir de

¹¹ El caso *Pinkney v. Pinkney* en 1967 también constituye un claro ejemplo de este tipo de acciones, las cuales finalmente se dejaron de presentar debido a los infructuosos resultados. *Pinkney v. Pinkney*, 198 So.2d 52 (1967).

¹² Así sucede con autores como ROCA TRIAS, María, "La responsabilidad civil en el Derecho de familia. Venturas y desventuras de cónyuges, padres e hijos en el mundo de la responsabilidad civil", *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Coordinado por MORENO MARTINEZ Juan, Dykinson, Madrid, 2000, p. 551; MACÍA MORILLO, Andrea, *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales. Las llamadas acciones de Wrongful birth y Wrongful life*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 45.

toda esta evolución, son aquellos que sirven de base para los casos de las lesiones pre-natales, pues se empieza a atribuir responsabilidad a los profesionales de la salud, cuando en ocasión a la labor que desarrollan, causan, bien directa o indirectamente, el daño o malformación por el que resultan responsables.

En este estado de cosas, hay que señalar que esta evolución que se fue presentando en lo referente a las pretensiones de reclamación relacionadas con el inicio de la vida, constituyen la base primordial de las demandas que aquí vamos a estudiar. Resulta innegable admitir que -al margen de las demandas “wrongful conception”- si bien las acciones de “Disadvantaged” o “dissatisfied life” (vida insatisfecha) no continuaron teniendo la acogida que en principio se hubiese pensado, sí dejaron un legado importante de cara a la aceptación de estas innovadoras pretensiones de reclamación, por tanto su análisis reviste de gran interés, pues a partir de ellas se crean los supuestos bases del resto de demandas. Así las cosas, y atendiendo a lo anteriormente mencionado, es posible efectuar una clasificación de estas reclamaciones que involucran el inicio de la vida, como su presupuesto fáctico a partir del cual se desarrollan, clasificación que de hecho también ha realizado la doctrina que se ha encargado de abordar esta temática.

Estas demandas se podrían clasificar en dos grandes bloques: por un lado, aquellas que se manifiestan a raíz del nacimiento sano del niño “wrongful conception”¹³, con la particularidad del carácter no deseado que desde siempre se ha ostentado respecto de este, bien sea por la mera liberalidad de los padres, por razones de salud o la falta de preparación psicológica respecto de la idea de ser madre, bien porque el embarazo surge como consecuencia directa de una relación sexual no consentida. Por otro lado, aquellas que tienen por objeto la vida discapacitada, sea que las malformaciones o enfermedades que provocan dicha discapacidad hayan sido causadas directa o indirectamente por parte del profesional médico o los mismos padres e, incluso, yendo más allá, sin haber sido causadas materialmente por parte del profesional médico, estos no hubieren suministrado información respecto de la existencia de ellas “wrongful birth” y “wrongful life”.

2.1 Nacimiento no consentido de un niño en condiciones óptimas: “wrongful conception”

Las denominadas acciones “wrongful conception” surgen indudablemente como producto de la gradual aceptación en la conciencia social de la posibilidad de adecuar el hecho de vivir atendiendo a determinadas circunstancias, como un eventual daño que podrían llegar a experimentar las víctimas. Proceso evolutivo que sin lugar a dudas comienza su camino, como lo habíamos mencionado con anterioridad, con las primeras demandas que se presentan a causa de las prácticas negligentes en los procesos de esterilización que traen como consecuencia el nacimiento no deseado de un hijo.

Las pretensiones de responsabilidad “wrongful conception” se interponen en contra de los encargados de prestar el servicio médico que corresponda, y hacen

¹³ Es importante destacar que este tipo de demandas también se conocen en los Estados Unidos como “wrongful pregnancy”, y tanto en la doctrina como en la jurisprudencia en no pocas ocasiones se utilizan de manera indistintas ambas denominaciones. Algunos autores aunque muy pocos se han animado a establecer algunas diferencias entre ellas. En el presente estudio nos referiremos a ellas como “wrongful conception”.

referencia a aquellas que basan su reclamación en el nacimiento no deseado de un niño o que no habían planeado tener, que aunque se encuentra en óptimas condiciones de salud se estima que nunca debió nacer¹⁴. En lo referente a este punto me gustaría efectuar una aclaración que resulta de gran interés para el cabal entendimiento de este tipo de demandas. La denominación angloamericana de estas reclamaciones podría llevar a la consideración errónea de que el hecho dañoso “per se” lo constituiría la mera concepción errada, y, en efecto, la mayoría de los supuestos que originan estos tipos de reclamaciones se circunscriben a eventos previos a la concepción. Sin embargo, resultaría desacertado pretender algún tipo de demanda bajo este concepto ante la ausencia del evento: vida; muy a pesar de la existencia comprobada o comprobable de una concepción errada. Si bien no existen unos parámetros precisos que identifiquen con absoluta claridad las características de estas demandas, resulta prudente manifestar que el nacimiento no deseado¹⁵ es lo que constituye, en principio, el presupuesto necesario, y el motivo por el cual se interpone la referida acción de responsabilidad. A partir de él, se han propuesto también otros tipos de daños, bien sean de índole patrimonial o extra patrimonial. Lo anterior, al margen de algunos autores que tratan de separar la existencia de un daño resarcible respecto del nacimiento.

No obstante lo anterior, cabe destacar que también existen líneas argumentativas que identifican en la mera concepción errada el presupuesto fundamental de este tipo de reclamaciones. En efecto, quienes defienden esta posición han restado, en cierto modo, importancia al hecho trascendental del nacimiento, calificando el embarazo como el aspecto determinante de la existencia de daños, bien de orden patrimonial, bien de orden extrapatrimonial. Como ejemplo de ello, podemos encontrar aquellos argumentos que optan por considerar que en las reclamaciones “wrongful conception” el término para interponerlas debe ejercitarse a partir del momento en que los perjudicados conocen o debieron haber conocido del proceso de embarazo, y no a partir del nacimiento del niño¹⁶. En cualquier caso, se trata de una posición, a nuestro juicio, muy circunscrita y limitativa que no se corresponde con los postulados generales que para este tipo de demandas se han venido dando tanto por parte de la jurisprudencia norteamericana como internacional.

Así las cosas, también son válidos, como a continuación lo veremos, aquellos supuestos que dan lugar a reclamaciones por este concepto, fijando su ámbito temporal de actuación en la etapa post-concepcional.

¹⁴ En este sentido se manifiestan varios Tribunales Norteamericanos. Véase en los casos: *Garrison v. Foy*, 486 N.E.2d 5 (1985); *Siemieniec v. Lutheran Gen. Hosp.* 512 N.E.2d 691 (1987); *Cowe by Cowe v. Forum Group*, 575 N.E.2d 630 (Ind. 1991); *Chaffee v. Seslar*, 774 N.E.2d 512, 751 N.E.2d 773 (Ind. 2002). En la misma línea. *PRIAULX, Nicolette*, “Conceptualising Harm in the case of the unwanted child”, *European Journal of Health Law*, (9), 2002, pp. 337 - 344.

¹⁵ Por lo general, estas reclamaciones tienen por objeto el nacimiento no deseado de descendencia sana, sin embargo, han existido variados casos, principalmente en el Reino Unido, en los que se han concedido este tipo de reclamaciones en ocasión al nacimiento de descendencia afectada con defectos congénitos o malformaciones congénitas, en donde la finalidad de los procedimientos de esterilización o el procedimiento de aborto que resultó fallido no tenían como propósito evitar el nacimiento enfermo sino simplemente evitar la concepción o nacimiento del niño, independientemente de su condición de salud. Véanse en el Reino Unido: *Emeh v Kensington & Chelsea and Westminster Area Health Authority* (1985) QB 1012; *Parkinson v. St. James and Seacroft University Hospital NHS Trust*. (2001) *EWCA Civ* 530. Véanse. En Estados Unidos: *Nanke v. Napier*, 346 N.W. 2d 520 (Iowa 1984).

¹⁶ Véanse los casos: *Tomlinson v. Siehl*, 459 S.W.2d 166 (1970); *Milde v. Leigh*, 74 N.D. 15 (N.D. 1946); *Teeters v. Currey*, 518 S.W.2d 512, (1974).

El carácter no deseado del nacimiento puede obedecer a variadas razones dependiendo de los distintos supuestos de que se trate, y además encierra un obstáculo mayúsculo de carácter ético y religioso que constituirá el elemental problema para la aceptación de este tipo de demandas; creando a su vez una línea argumentativa que se opone fervientemente no solo a las reclamaciones “wrongful conception”, sino a todas aquellas que se relacionan con el inicio de la vida o el hecho de vivir. En el presente estudio abordaremos algunas de estas razones que suelen ser más comunes de conformidad con los supuestos que dan causa a estas reclamaciones.

2.1.1 Razones que permiten calificar el nacimiento de un niño como no deseado

Es de resaltar que el nacimiento no deseado constituye el presupuesto fáctico del que hay que partir en esta clase de acciones de responsabilidad. En este sentido, la negativa a la producción del nacimiento proviene de la mera voluntad de los padres. En estos eventos, no se lleva a cabo la realización de una concepción voluntaria, sino en contra de su voluntad.

La mencionada liberalidad puede surgir como consecuencia de las distintas razones que los padres puedan ostentar dependiendo de las circunstancias propias del caso en el que se encuentren. Dentro del presente trabajo hemos querido traer a colación algunos de estos motivos que pueden incidir en la consideración que los padres adopten respecto del nacimiento de un hijo: argumentos de carácter normativo, de carácter ético o moral, económicos, o, incluso, por considerar que no se cuenta con la suficiente preparación psicológica o madurez necesaria para asumir una responsabilidad tan preponderante como la de ser padres.

2.1.1.1 Argumentos de carácter normativo

Los argumentos de carácter normativo que aquí hemos querido resaltar no son de mucha aplicación en razón a la libertad de procreación promulgada y debidamente protegida en la mayoría de los ordenamientos jurídicos occidentales, o, que si bien, no se instituye como una libertad específicamente considerada, hacen parte integral del derecho a la dignidad humana y del libre desarrollo de la personalidad, por cuanto están directamente relacionadas con la autodeterminación sexual y reproductiva del ser humano. El desarrollo pleno de esta libertad no solo contribuye al respeto por el ejercicio de la personalidad y la dignidad de cada quien, sino que resulta esencial para el bienestar interpersonal, individual y social del ser humano. Adicionalmente a lo anterior, vale destacar que en la mayoría de los ordenamientos del mundo occidental, no se efectúan prohibiciones o limitaciones normativas al respecto, de tal manera que existe total autonomía y libertad en cuanto al ejercicio del derecho a la autodeterminación reproductiva.

Parte de una idea parecida la Doctora Macía Morillo, quien destaca que la libertad de procreación nace como consecuencia directa de otros derechos de primordial importancia como: la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad. En este sentido señala:

“Actualmente, en el mundo occidental no es frecuente negar a uno o a ambos padres la decisión sobre la procreación, obligándoles a concebir en todo caso; por el contrario, la libertad de procreación suele venir

reconocida a cada individuo como principio de libertad que deriva de la protección de la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad (proclamados en nuestro sistema por el artículo 10.1 de la Constitución Española)”¹⁷.

Esto no quiere decir que no existan medidas que tengan como objetivo desincentivar el ejercicio de la procreación con la finalidad específica de mantener un orden y por tanto un control específico en cuanto a las tasas de natalidad. Sin embargo, no se crean a través de estas medidas o determinaciones obligaciones dirigidas al ejercicio en determinado sentido de la procreación. Este tipo de medidas no suelen ser usuales en los ordenamientos jurídicos, aun cuando sin lugar a dudas tienen mayor acogida en el mundo occidental que aquellas normas que buscan limitar la libertad de procreación. No obstante lo anteriormente manifestado, sí hay que admitir que existen ordenamientos jurídicos en los que se establecen limitaciones severas al ejercicio positivo de la procreación, tal es el caso de la República Popular de China, en el que se estableció a finales de los setenta: “*la política del hijo único*”; con el fin específico de frenar el aumento desmesurado de la población y facilitar el progreso económico. Es precisamente en este escenario en donde cobran gran relevancia los argumentos de carácter normativo a los que aquí hemos hecho referencia, pues la consideración de no deseado respecto de un niño puede deberse exclusivamente al temor de resultar acreedor de fuertes sanciones como consecuencia, o a ser obligados a abortar un hijo, con todas las consecuencias de variada índole que esto pueda acarrear.

La consideración de entender como no consentido el nacimiento de un niño proviene específicamente de argumentos meramente normativos, en ocasión a la imposición realizada por el ordenamiento jurídico respecto de la existencia de niños. Idea que a todas luces puede ofrecer reparos de carácter ético y moral por considerar inadmisibles cualquier clase de limitación respecto del ejercicio del derecho de procrear, y más inadmisibles aún, la existencia de sanciones, generalmente económicas, por el nacimiento de un niño.

2.1.1.2 Argumentos de carácter ético o moral

Puede resultar contradictorio asumir la idea de que existan argumentos éticos o morales que califiquen el nacimiento de un niño como un hecho que surge en contra del consentimiento de sus padres, puesto que una línea argumentativa que promueva un actuar ético y un ideal moral, exigirían justamente lo contrario, es decir, sustraerse de calificar la existencia de un ser humano como no deseada, independientemente de la clase de razones que los padres pudieran llegar a tener. Sin embargo, estos argumentos de carácter ético y morales en algunos casos pueden sugerir tal consideración, de hecho, una de estas circunstancias pueden referirse a alguno de los hechos que más adelante analizaremos con mayor profundidad, y que constituyen uno de los supuestos propios de las reclamaciones “*wrongful conception*”. Se trata específicamente de aquellos casos en que el nacimiento se presenta como consecuencia directa de una relación sexual no consentida, en los que ha mediado un acceso carnal de carácter violento o abusivo, o que la madre ha sido víctima de cualquier agresión sexual.

¹⁷ MORILLO MACÍA, Andrea, op cit. pp. 348 y 349.

En estos supuestos, el carácter no deseado respecto del nacimiento del niño proviene específicamente de aquel sentimiento de repulsión que la madre pudiera llegar a sentir respecto de su hijo, por considerar que es el fruto de una experiencia realmente impactante de la que quizás nunca pueda lograr restablecerse. Desde este prisma, resulta evidente que dicha violación a su intimidad y a derechos tan significativos como la libertad sexual, la autodeterminación reproductiva, la dignidad humana, entre otros; sugieren una respuesta equitativa, que trate de aminorar un poco la pérdida irreparable que supone experimentar una experiencia de estas características. Así las cosas, dicha respuesta equitativa se manifiesta de muchas maneras, bien a través de la atribución de una eventual responsabilidad penal, patrimonial, e, incluso, a través de una fuerte sanción social. Pero también la encontramos desde el ámbito o la órbita de la ética y la moralidad, en la cual considerar como no deseado el nacimiento de un niño, es totalmente entendible desde estas líneas argumentativas, con todo lo que ello implica, - permitir el ejercicio de un eventual aborto ético, si es del caso- pues se asume que las circunstancias concretas que rodearon dicha concepción atentan gravemente contra los derechos inherentes al ser humano.

2.1.1.3 Argumentos de carácter económico

En estos casos, los argumentos que llevan a cabo la consideración de no consentir el nacimiento de un niño, obedecen a razones de carácter exclusivamente económico.

La deficiente condición económica que puedan experimentar los padres influye de manera directa en la consideración de estos respecto del nacimiento de un hijo. Este suele ser el argumento más esgrimido por parte de los padres para no consentir dicha concepción o para considerarla como errada, pues entienden que no se encuentran en condiciones para asumir la carga tanto de carácter psíquico como patrimonial que puede llevar consigo el nacimiento de un ser humano¹⁸. De hecho, uno de los motivos que suelen utilizarse para proceder a la realización de intervenciones esterilizadoras o anticonceptivas suelen tener como fundamento la dificultad que supondría para los padres hacer frente a los gastos que pueden surgir como resultado del nacimiento de un niño. Argumento que ha resultado especialmente relevante en la jurisprudencia estadounidense en cuanto al estudio de este tipo de reclamaciones¹⁹.

2.1.1.4 Argumentos relativos a la falta de preparación psicológica o de madurez necesaria para asumir una responsabilidad tan preponderante como la de ser padres

En estas concretas circunstancias en donde el nacimiento del niño no cuenta con el consentimiento de los padres, la cuestión estriba no ya en razones de orden normativo, ético o económico, sino en la existencia de ciertas condiciones que producen en estos un sentimiento de angustia y aflicción al estimar que tal nacimiento ha vulnerado irremediabilmente su proyecto de vida, sus expectativas y sus relaciones familiares. Así pues, tal situación puede generar un sentimiento de rechazo o descontento respecto del hecho mismo del nacimiento, hasta el punto de establecer sobre el mismo un carácter no deseado. Es claro, que este tipo de situación pueden influir o no en la concepción que

¹⁸ En EE.UU, sírvanse de ejemplo los casos. Shaheen v. Knight, 11 Pa. D. & C.2d 41 (1957); Sard v. Hardy, 379 A.2d 1014 (Md. 1977), Ball v. Mudge, 64 Wn.2d 247 (1964).

¹⁹ MARTIN-CASALS, Miquel, SOLÉ FELIU, Josep “*Anticoncepciones fallidas e hijos no previstos*”, Revista para el análisis del Derecho – Indret, Universitat Pompeu Fabra, No. 03, julio, Girona, 2001, p. 9.

sobre el nacimiento efectúen los padres, en tanto que resulta muy posible que surjan embarazos inesperados en mujeres realmente jóvenes que se caracterizan por su falta de madurez y preparación psicológica al respecto, y difícilmente se podría catalogar el hecho relativo al nacimiento como un hecho no deseado o de repulsión. Sin duda, la liberalidad de los padres constituye la nota determinante en la concepción que sobre tal hecho se manifieste.

2.1.2 Supuestos de estas reclamaciones de responsabilidad

2.1.2.1 Nacimiento no consentido de un niño a causa de procesos de esterilización o anticonceptivos fallidos

A continuación enunciaremos la problemática que se presenta respecto de los distintos procesos de anticoncepciones fallidas²⁰ y su injerencia en las reclamaciones “wrongful conception”; de modo que no se entre a realizar valoraciones concretas al respecto, las cuales se llevarán a cabo en su momento desde los distintos capítulos en los que se vaya desarrollando la temática en cuestión. Aunque resulta fundamental enunciar de manera concreta cómo se presentan estos supuestos, y cuál ha venido siendo la problemática específica y sus distintas alternativas de solución en algunos ordenamientos jurídicos.

La ciencia médica tal como lo hemos manifestado ha venido permitiendo la realización de distintas actividades que años atrás resultaban totalmente impensables; generando así, un avance de proporciones abismales en materia científica y de conocimiento médico, lo cual se refleja de manera directa y general en un aumento de la calidad de vida de la sociedad moderna.

A pesar de todos estos avances que se han venido realizando a una velocidad francamente meteórica, es cierto que la ciencia médica aún tiene muchísimos límites, y que los resultados en ella se encuentran sometidos en gran parte del tiempo a los designios del azar y de la ocurrencia de determinadas circunstancias concretas. Bajo esta óptica, hay que señalar que como ejemplo claro de los límites que existen en esta rama del conocimiento científico, encontramos los riesgos de fracasos de las intervenciones y tratamientos esterilizadores y anticonceptivos a los que la ciencia médica ha otorgado su aval como aptos para evitar una eventual concepción. También es cierto, que el grado de seguridad de estas intervenciones, métodos o tratamientos varía de acuerdo a la alternativa que se utilice, siendo en todos ellos necesario el correcto asesoramiento y la efectiva supervisión del profesional médico que se encuentre prestando el servicio, bien sea en virtud de un contrato, bien en virtud de un servicio público.

A pesar de que ninguna de estas alternativas es totalmente segura, no se puede por esto llegar a la conclusión de que en estos casos resulta imposible imputar responsabilidad a los profesionales de la salud por eventuales actuaciones negligentes o en las que medie su mal actuar. De hecho, estos tipos de tratamientos médicos deben en gran parte sus resultados satisfactorios a la pericia, el buen hacer y a la correcta y oportuna información brindada por parte del médico que dirige dicho tratamiento. Es

²⁰ Esta denominación es utilizada por algunos autores para el estudio de eventuales acciones por concepto de “wrongful conception”, entre ellos, MARTIN-CASALS, Miquel y SOLÉ FELIU, Josep, op.cit., pp. 3-13.

precisamente bajo la idea de un eventual incumplimiento o negligencia respecto de los deberes de actuación que les corresponden a los profesionales de la salud, en donde se origina la necesidad, producto del sentimiento de justicia que vive dentro de la conciencia social, de exigir una indemnización por los daños causados por el nacimiento no deseado.

Tal como se ha venido señalando, estos supuestos específicos que dan causa a las reclamaciones “wrongful conception” se desarrollan a través de la realización de intervenciones, métodos o tratamientos que pueden ostentar un carácter definitivo o temporal, pero que en cualquier caso tienen como finalidad evitar que surja la concepción del embrión y, por consiguiente, el nacimiento de un hijo. A continuación haremos un breve análisis sobre cuáles son en detalle estas alternativas que hacen parte de lo que en el presente trabajo hemos clasificado como supuestos que surgen a causa de los procesos de esterilización y anticonceptivos fallidos.

Las operaciones de esterilización previstas por parte de la ciencia médica, enfocándonos específicamente en la vasectomía y en la ligadura de trompas, constituyen unas de las principales alternativas en cuanto a la evitación de la procreación. Las cuales tienen como finalidad fundamental evitar la concepción y como consecuencia lógica un posterior nacimiento no deseado. Estos procedimientos de esterilización constituyen uno de los supuestos básicos de reclamaciones por anticoncepciones fallidas en aquellos casos en que son negligentemente practicadas²¹, o que practicadas correctamente no se ha ejecutado sobre dicho tratamiento el deber de información requerido, bien porque no se informó sobre los riesgos de fracaso respecto de dicho tratamiento²², que en ningún caso es 100% seguro, bien porque no se informó respecto de las prevenciones, cuidados y recomendaciones básicas a tener en cuenta antes, durante y una vez finalizada la intervención médica²³.

Es posible encontrar igualmente casos que dan causa a estas reclamaciones, en aquellos eventos que surgen como resultado de la práctica de métodos o intervenciones anticonceptivas propiamente dichas, a saber: la implantación de los mecanismos o dispositivos anticonceptivos intrauterinos (DIU)²⁴ o también denominados T de cobre, los cuales tienen como finalidad fundamental inactivar los espermatozoides y evitar la llegada de estos al óvulo para que realicen la fecundación. De igual manera, es posible identificar casos que pueden dar causa a estas demandas en todos aquellos tratamientos por vía oral o parenteral que tengan como finalidad evitar la concepción. Piénsese en aquellos eventos en donde existe algún error o imprecisión por parte del profesional médico en la prescripción de un medicamento anticonceptivo, el cual devenga en ineficaz como consecuencia de tal situación.

En lo concerniente a esta clase de supuestos, la negligencia también se suma como el factor fundamental a tenerse en cuenta para la imputación de responsabilidad civil. Entendiendo como negligencia el mal actuar por parte del profesional de la salud

²¹ Véase. STS, Sala Primera, de 5 de junio de 1998, 4275/1998.

²² Véase. STS, Sala Primera, de 27 de abril de 2001, 3429/2001; STS, Sala Primera, de 29 de mayo de 2003, 3678/2003; STS, Sala Primera, de 7 de abril de 2004, 2401/2004. En esta misma línea. STS, Sala Tercera, de 9 de mayo de 2005, (Rec. Cas. 3803/2001).

²³ Véase. STS, Sala Primera, de 25 de abril de 1994, 3073/1994.

²⁴ Como ejemplo de este tipo de supuestos. Véase. STS, Sala Primera, de 25 de septiembre de 1999, 5762/1999.

en cuanto al procedimiento específico de implantación del dispositivo, o aquel que se deriva de la prescripción de los medicamentos anticonceptivos. Así mismo, también cobra gran importancia el deber de información en esta clase de supuestos, en tal forma que dicho deber en lo que respecta a los riesgos de fracaso, que aunque bajos toda vez que oscilan entre un 1.5% y 2%²⁵, resulta vital para la atribución de responsabilidad²⁶. Así mismo sucede con el deber de información respecto de los cuidados y recomendaciones básicas relacionadas con la intervención correspondiente que deben tenerse en cuenta, y que buscan garantizar en la medida de lo posible el resultado perseguido²⁷.

Cabe resaltar que estos supuestos específicos son de común ocurrencia en los distintos países del mundo occidental, aunque el tratamiento jurídico que se efectúa respecto de ellos suele ser variable incluso en la misma jurisprudencia. Así, encontramos como en España, EE.UU.²⁸, Alemania y Francia, con algunas variaciones en cada una de estos, la jurisprudencia se ha pronunciado de forma disímil respecto del tema en variadas ocasiones. En España por ejemplo, es posible afirmar la tendencia a negar la imputación de responsabilidad civil o patrimonial por considerar diligente la conducta del profesional médico en cuestión. Así mismo, aunque en menor medida, se ha encargado en algunas otras ocasiones de imputar responsabilidad bajo el supuesto de la realización defectuosa de la intervención propiamente dicha que lleva a cabo el profesional médico, pero ha sido mucho más común endilgar dicha responsabilidad no ya por la realización defectuosa de esta intervención sino a causa de la omisión en cuanto al deber de información al que se encuentra sujeto²⁹.

Respecto del caso colombiano, tal como hemos venido haciendo mención, la situación jurídica en lo concerniente a este tipo de asuntos ha sido bastante incipiente, de modo que son mínimos los pronunciamientos existentes sobre la cuestión, por no decir nulos. Esto no quiere decir que no sea posible analizar cuál sería la tendencia jurídica que en este país podría adoptarse respecto de estas reclamaciones de responsabilidad, así como cuál sería el grado de compatibilidad de las mismas con las normas que fundamentan el sistema de responsabilidad civil en el ordenamiento jurídico colombiano; teniendo como base, en todo caso, algunos pronunciamientos relacionados con la referida institución resarcitoria, los cuales, hay que decir, se encuentran muy vinculados a los criterios tradicionales en esta materia. Insistimos en destacar el papel de la Corte

²⁵ MARTIN-CASALS, Miquel, SOLÉ FELIU, Josep, op. cit. p. 6.

²⁶ En esta misma línea argumentativa, BRAVERMAN, Philip, "Wrongful Conception: Who pays for bringing up baby?", *Fordham Law Review*, Vol. 47, issue 3, article 6, 1978, pp. 423-424; BONNINGUES, Virginie, "Naissance et vie préjudiciables de l'enfant au regard de la responsabilité médicale et parentale", en línea, Universidad de Lille II, 2001. pp. 33-40. Disponible en página web: <http://edocorale74.univ-lille2.fr/memoires-en-ligne/droit-medical.html>. Última visita: 1 de agosto de 2016.

²⁷ *Ibidem*. pp. 424-425. En la Jurisprudencia norteamericana surgen como ejemplos de infracción a este deber de cuidado específico, los casos: *Custodio v. Bauer*, 251 Cal. App. 2d 307 (1967); *Bowman v. Davis*, 48 Ohio St.2d 41 (Ohio 1976); *Vaugh v. Shelton*, 514 S.W. 2d 870 (1974), entre muchos otros. En el caso inglés. *Emeh v Kensington & Chelsea and Westminster Area Health Authority* (1985) QB 1012; *Groom v. Selby* (2001) *EWCA Civ* 1522; *Rees v. Darlington Memorial Hospital NHS Trust* (2003) 3 *FCR* 289; *Udale v Bloomsbury Area Health Authority*, (1983) 2 *All ER* 422.

²⁸ En el caso norteamericano la tendencia se manifiesta en la estimación de las pretensiones propuestas en este tipo de demandas; existen variadas sentencias de gran interés en las que se han concedido indemnizaciones a causa de estos supuestos; véanse los casos: *Custodio v. Bauer*, 251 Cal. App. 2d 307 (1967); *Sherlock v. Stillwater Clinic*, 260 N.W.2d 169 (1977); *Masson v. Western Pennsylvania Hospital* 428 A.2d 1366 (1981); *Cox v. Stretton*; *Burke v. Rivo*, 406 Mass. 764 (1990).

²⁹ En este mismo sentido. MARTIN-CASALS, Miquel y SOLÉ FELIU, Josep, op.cit. p. 4.

Constitucional, que aunque en principio no constituye el órgano judicial por excelencia encargado del desarrollo doctrinal, jurisprudencial y legal de la institución de la responsabilidad civil, si ha efectuado aportes de gran interés en la actualidad, tal como ha venido sucediendo con la expedición de algunas sentencias hito para el ordenamiento jurídico colombiano. Bajo esta óptica, encontramos algunas sentencias muy interesantes e innovadoras que serán objeto de análisis dentro del presente estudio, en donde si bien no se refiere en ningún momento a las reclamaciones de responsabilidad “wrongful conception”, los pronunciamientos al respecto constituyen un antecedente de interés.

2.1.2.2 Nacimiento no consentido de un niño causa de la práctica fallida de un procedimiento de interrupción voluntaria del embarazo

Hemos querido resaltar dentro del presente trabajo los casos referidos a los procedimientos médicos de interrupción voluntaria del embarazo, en los cuales no se logra obtener el resultado esperado, es decir, evitar el nacimiento del niño: la madre se somete al procedimiento de intervención relativo a la interrupción voluntaria del embarazo pero este no se lleva a cabo con el éxito esperado, en razón a la negligencia de los profesionales médicos o sanitarios que intervienen en la prestación del servicio, lo que trae como consecuencia el nacimiento del niño. Esta categoría adicional, la cual hemos identificado dentro del presente trabajo como propia de las reclamaciones “wrongful conception”, ha venido siendo sostenida por parte de la doctrina norteamericana en razón a que en estos casos se toma en consideración que la intervención negligente de interrupción del aborto es la que jurídicamente causa el nacimiento del niño sano –presupuestos jurídicos fundamentales en las acciones “wrongful conception”³⁰-. No obstante lo anteriormente mencionado, en España en algún sector de la doctrina y la jurisprudencia existen algunos autores que distan de considerar la presente categoría como un supuesto de hecho propio de las acciones “wrongful conception”, pues consideran que se encuentran a medio camino entre los casos de anticoncepciones fallidas “wrongful conception” y los que se suelen denominar como “wrongful birth” y “wrongful life”, ya que dentro de ellos entra en juego la facultad legal de ejercer el aborto³¹.

En lo concerniente al ordenamiento jurídico colombiano y, como consecuencia de lo anteriormente señalado, no ha surgido ningún pronunciamiento jurisprudencial respecto de estos supuestos en los que se endilgue responsabilidad al profesional médico a causa de su actuación negligente. Claro está, no sobra reiterar que los lineamientos jurisprudenciales en Colombia respecto de estas demandas de responsabilidad relacionadas con el inicio de la vida son muy pobres, y solo algún sector muy pequeño de la doctrina ha tocado, aunque superficialmente este tipo de reclamaciones.³²

³⁰ Bajo esta categoría se declaró responsabilidad civil “wrongful conception”, en EE.UU en los casos: Nanke v. Napier, 346 N.W. 2d 520 (Iowa 1984); Wilezynsky v. Goodman, 391 N.E.2d 479, 73 Ill. App. 3d 51 y Miller v. Johnson, 231 Va. 177, 343 S.E.2d 301 (1986). En este mismo sentido, el caso Stills v. Gratton, 55 Cal. App. 3d 698 (1976).

³¹ Tales son las consideraciones de estos autores. MARTINS CASALS, Miquel y SOLÉ FELIU, Josep, op. cit. p. 3.

³² Este autor al hacer referencia a la jurisprudencia argentina se pronuncia a título enunciativo sobre las reclamaciones de responsabilidad “wrongful birth”, “wrongful life” y “wrongful conception”. M’CAUSLAND SANCHEZ, María, *Tipología y reparación del daño no patrimonial. Situación en Iberoamérica y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008, pp. 26-28.

Al margen de lo mencionado en Colombia, y de la discrepancia respecto del referenciado supuesto en algún sector de la doctrina, como sucede en España, existen otros ordenamientos jurídicos en los que también se ha considerado a la interrupción fallida del embarazo como un supuesto propio de las demandas “wrongful conception”. Tal es el caso de Alemania, Francia, Inglaterra e Italia³³.

2.1.2.3 Nacimiento no deseado de un niño cuando este haya sido consecuencia directa de una relación sexual no consentida

El nacimiento no consentido de un niño como consecuencia directa de una agresión sexual por parte de un tercero plantea distintos puntos de vistas que requieren de un análisis al respecto. En estos casos, se plantea la conjugación tanto de presupuestos de carácter fácticos como jurídicos, a partir de los cuales se evidencian las características propias de las reclamaciones “wrongful conception”³⁴.

Constituye presupuesto jurídico primordial la autorización legal o normativa del ejercicio libre de la facultad de abortar, o bien a través de un sistema legal de indicaciones en el cual se autorice de manera expresa la interrupción voluntaria del embarazo cuando este haya sido causa directa de una agresión sexual en la persona de la madre. Por otro lado, y como presupuesto fáctico de la referenciada pretensión de reclamación, es necesaria la mediación de negligencia por parte del profesional de la medicina o quien haga sus veces, bien sea a través de la existencia de conductas omisivas, en razón a eventuales objeciones de conciencia para la realización de la interrupción del proceso de embarazo, o porque existen desacuerdos respecto del cumplimiento de los requisitos legales para la perpetración de la interrupción requerida, bien que efectivamente se haya practicado el aborto pero este resultare fallido, lo que traería como consecuencia el nacimiento del niño; con lo cual estaríamos automáticamente en la esfera jurídica del supuesto anteriormente estudiado (la interrupción del embarazo fallida).

La unión de estos dos presupuestos básicos, sin necesidad de hacer valoraciones concretas, las cuales se efectuarán en su momento, hacen en principio viable la posibilidad de enmarcar estos supuestos bajo el ámbito de operación de las demandas “wrongful conception”, toda vez que permiten enlazar el hecho natural del nacimiento no deseado con la conducta médico asistencial negligente. Otro asunto es si efectivamente tal relación se corresponde con los distintos criterios tradicionales a los que se somete el instituto de la responsabilidad civil, de tal manera que este tipo de acciones, no solamente las “wrongful conception” sino todas aquellas relacionadas con el inicio de la vida, se circunscriban al cumplimiento de los elementos comunes de dicha institución resarcitoria.

³³ En Alemania se atribuye responsabilidad bajo estos supuestos en la Sentencia del OLG Stuttgart de 28 de enero de 1987: *NJW*, 1988, 1934; en Francia ocurre lo propio en el fallo del Conseil d'Etat de 2 de julio de 1982 y la Sentencia de la Cour de Cassation de 25 de junio de 1991; en Inglaterra se planteó este supuesto como propio de reclamación “wrongful conception”, en el caso *Sciuriaga v. Powell*. Y, finalmente, en el caso italiano, se atribuye responsabilidad civil por supuestos relativos a la interrupción fallida del embarazo en la sentencias de la Corte d'Appello di Venezia de 23 de julio 1990, Corte d'Appello di Bologna, de 19 de diciembre de 1991 y Tribunale di Cagliari de 23 de febrero de 1995. Cit. MACÍA MORILLO, Andrea, op cit. p. 55.

³⁴ No obstante, han existido supuestos en los que se ha ejercido reclamaciones judiciales en nombre del niño bajo estas circunstancias alegando como daño el nacimiento ilegítimo. Véase. *Williams v. State of New York*, 8 N.Y. 2d 481(1966).

En la mayoría de los ordenamientos jurídicos en donde se establece una regulación normativa respecto del ejercicio de prácticas abortivas, al menos desde la óptica de un sistema legal de indicaciones, se establece como circunstancia excepcional para proceder a la interrupción voluntaria del embarazo, los casos en que este se produzca como consecuencia directa de una agresión sexual, lo cual contribuye a la idea de un respeto por los derechos a la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad y la autodeterminación reproductiva y sexual, consagrados en el artículo 1 y 16 de la Constitución Colombiana, y 10 de la Constitución Española.

En el caso colombiano hay que decir a título enunciativo, que la regulación del aborto obedece a un sistema de indicaciones, pues este solo se permite bajo la ocurrencia de determinadas circunstancias. A raíz de la famosa sentencia C- 355/2006 de la Corte Constitucional³⁵, se autoriza la interrupción voluntaria del embarazo siempre y cuando medie la comisión de tres requisitos: (i) cuando por causa directa o indirecta del embarazo se ponga en grave riesgo la integridad física o psíquica de la gestante, previo dictamen médico que así lo corrobore. (aborto terapéutico) (ii) cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto (aborto ético). Y (iii) cuando durante el proceso de embarazo se logren detectar malformaciones o enfermedades graves incompatibles con la vida, previo dictamen médico que así lo informe (aborto embriopático). Sin embargo, hay que hacer claridad en que estas circunstancias excepcionales son relativamente recientes y debido a la polarización que sigue existiendo respecto de esta clase de temas, aún se siguen presentando muchas obstaculizaciones a la interrupción voluntaria del embarazo. No obstante, también hay que decir que el esfuerzo por parte de la Corte Constitucional para aminorar esta situación ha sido titánico, defendiendo sobresalientemente el ejercicio libre de este derecho a la interrupción voluntaria del embarazo en aquellos casos en que resultan expresamente autorizados.

Tal como se puede verificar, el ordenamiento jurídico colombiano autoriza de manera expresa el ejercicio de la facultad de abortar siempre que el mencionado embarazo sea consecuencia directa de una agresión sexual, acceso carnal abusivo, incesto, entre otras modalidades. Así mismo, es fundamental que se cumplan con otros requisitos de forma, tal como sucede con que dicha conducta ilícita se encuentre debidamente denunciada. A pesar de ello, dicha situación no ha repercutido en materia de responsabilidad civil, pues tal como lo hemos venido mencionando, en Colombia estas demandas de responsabilidad aún no han permeado en la conciencia jurídica de los miembros de la sociedad, o al menos no han permeado lo suficiente.

Por otro lado, en el estado español la situación ha sido muy convulsa, pues la regulación jurídica del aborto ha sido objeto de variadas modificaciones que generan ciertas dudas acerca de la estabilidad de la normatividad actual. Podemos decir que actualmente la Ley Orgánica 2/2010, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, que es la actualmente vigente, despenaliza la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo durante las primeras 14 semanas del mismo. Además, consagra cuatro supuestos de interrupción del embarazo por causas médicas dentro de los cuales en dos de ellos permite la ampliación de dicho plazo al término de 22 semanas, y se refiere específicamente a dos casos puntuales. Por un lado, para

³⁵ Corte Constitucional, Sentencia C- 355/2006, de 10 de mayo de 2006, M.P. Jaime Araujo Rentería – Clara Inés Vargas Hernández.

aquellos eventos en donde exista grave riesgo para la vida o la salud de la gestante, y se encuentre debidamente constatado en un dictamen médico elaborado por un especialista distinto al que practique la intervención quirúrgica. Por otra parte, para aquellos casos en que se haya detectado riesgo de padecimiento de graves anomalías o patologías que pueda padecer el feto, lo cual debe constar evidentemente en un dictamen emitido con anterioridad por un médico especialista o comité clínico; sujetos distintos de quienes practican la intervención. La gran innovación de la referida Ley, la encontramos en los otros dos supuestos de interrupción del embarazo por causas médicas aun cuando son clasificados en la ley como un solo supuesto, en tanto que es posible alegar su ocurrencia durante cualquier momento del proceso de gestación. Concretamente, se trata de dos supuestos restrictivos: (i) cuando se hayan detectado anomalías fetales incompatibles con la vida. (ii) cuando se detecte en el feto enfermedades o malformaciones extremadamente graves que resulten incurables (art. 15. Literal C. Ley 2/2010). Naturalmente en estos dos supuestos también se requiere de la constancia de un dictamen médico que avale dicha situación, y que permita proceder a la interrupción del proceso de embarazo.

En términos generales, sucede algo parecido con otros ordenamientos jurídicos que igualmente implantan una regulación legal del aborto bajo un sistema legal combinado de indicaciones y plazos.

En el caso de EE.UU, el derecho a la mujer a abortar se identifica con el respeto a su derecho a la intimidad, por tanto no es posible limitarlo o menoscabarlo con una carga desproporcionada o inapropiada para la mujer. Bajo esta óptica, el aborto es libre durante el primer trimestre estableciéndose algunas condiciones de procedimiento para su realización durante ese tiempo, las cuales varían de conformidad con la legislación vigente en cada estado. En general algunas de ellas son: “i) periodo de espera de 24 horas; ii) consejería médica que educa sobre viabilidad del feto; iii) consentimiento de los padres cuando se es menor; iv) obligación de llevar archivo sobre interrupciones de embarazos guardando la confidencialidad de la paciente. En la mayoría de estados federados durante el segundo trimestre puede interrumpirse aún el proceso de embarazo para proteger la vida o salud de la mujer. Inmediatamente se entienda que el feto se encuentra viable es posible penalizar el aborto”³⁶. En Canadá surge una situación muy peculiar al respecto, y es que el aborto en este país es legal y no se encuentra limitado por la ley, siendo uno de los pocos países que goza de tal particularidad. Por consiguiente, el mismo se practica a petición de la mujer y sin ningún tipo de límite de gestación.

Por su parte, en Alemania sucede un caso particular pues la ley de reforma del aborto de 1995 consagra dicha libertad durante las primeras doce semanas del proceso de embarazo. Sin embargo, el Tribunal Constitucional en sus distintos pronunciamientos ha puesto de manifiesto la prohibición de llegar a la despenalización total del aborto³⁷ y ha precisado en cierta medida la regulación sobre la materia. Así, el aborto en Alemania es libre durante el primer trimestre previendo el cumplimiento de algunos requisitos necesarios para su consecución, resultando también lícito cuando el mismo se lleve a cabo en aquellas circunstancias expresamente autorizadas por el ordenamiento jurídico, acatando claro está, los requisitos estatuidos para el efecto. La combinación de un

³⁶ Corte Constitucional, Sentencia C- 355/2006, de 10 de mayo de 2006, M.P. Jaime Araujo Rentería – Clara Inés Vargas Hernández.

³⁷ BVerfGE de 28 de mayo de 1993, *NJW* 1993, p.1751.

sistema de plazos junto con el de indicaciones permite considerar cierta libertad en el ejercicio de dicha facultad.

Así, hay que mencionar que España, al igual que EE.UU, Francia, y Alemania, ostenta una regulación jurídica frente al aborto propia de los sistemas legales de plazos, - aunque permite la combinación en algunos casos, con las características propias de los sistemas legales de indicaciones- estableciendo como límite temporal de carácter general, las 14 semanas de embarazo para interrumpir de manera voluntaria dicho proceso.

La clasificación independiente de este tipo de supuestos como propios de las demandas “wrongful conception” no resulta nada común, es posible que esto se deba a la consideración de que estos podrían incluirse dentro de algunos otros. Sin embargo, dentro del presente estudio consideramos que vale destacar este tipo de supuestos en razón a la común ocurrencia de ellos, y que en la mayoría de sus casos nunca producen consecuencias indemnizatorias.

Adicionalmente también cabe destacar, que la aparición de estos supuestos que dan causa a estas reclamaciones no son taxativos, sino que ostentan un carácter meramente enunciativo, de tal manera que basta con que en determinados hechos concurren los presupuestos de orden fáctico y jurídico que exigen estas pretensiones de responsabilidad para pretender valorarlas desde su ámbito de operación. Lo anterior, al margen del estudio que necesariamente se debe hacer en cada ordenamiento para analizar la compatibilidad de este tipo de demandas con respecto de los requisitos necesarios para la atribución de responsabilidad civil.

2.2 Nacimiento no consentido de un niño con defectos congénitos, enfermedades o graves malformaciones

Las reclamaciones relacionadas con el inicio de la vida no solo se centran en el inicio sano de la misma o en el mero hecho de vivir, sino también en el inicio de una vida discapacitada que bajo ningún concepto se quiso experimentar. Existen reclamaciones de responsabilidad que se identifican precisamente a partir del nacimiento de una vida en condiciones graves de discapacidad, hasta el punto incluso que ante la ausencia de este hecho determinante resulta imposible tratar de identificar la existencia de un daño en el marco de estas demandas. Tales suelen ser los casos de las demandas “wrongful birth” y “wrongful life” a los que más adelante nos referiremos. Argumento que tomará mayor peso y profundidad cuando haya que analizar las distintas teorías que pretenden identificar el daño resarcible en un hecho distinto de la vida o el nacimiento.

La doctrina tradicional ha venido clasificando esta clase específica de reclamaciones de responsabilidad en ciertas categorías que vale la pena resaltar a efectos de dotar de mayor claridad el presente estudio. Cada una de ellas parte de un elemento común: el nacimiento de una vida con defectos o enfermedades. Sin embargo, las mismas contienen elementos diferenciadores entre sí que las hace sustancialmente distintas.

2.2.1 Las eventuales demandas de responsabilidad patrimonial por procreación irresponsable: los padres como causantes directos del defecto o enfermedad

La causación del daño en este tipo de demandas es provocado directamente por los padres cuyas consecuencias generan directamente la perpetración de las malformaciones o defectos en el niño afectando de esta manera su vida tanto desde la perspectiva fisiológica como espiritual.

La clasificación de supuestos de este tipo de demandas en la doctrina resulta variada existiendo una clara división entre ella, por tal motivo, en el presente estudio hemos querido clasificarlas teniendo en cuenta el momento en el cual opera la conducta dañosa. Así las cosas, por un lado, aquellas que se presentan antes de la existencia del embrión, y que por lo general se llevan a cabo a raíz de la relación sexual que origina la posterior concepción (las enfermedades o defectos de origen genético); y, por otra parte, aquellos supuestos que se manifiestan una vez existe dicho embrión o feto (fase prenatal).

2.2.1.1 Las enfermedades o defectos de origen genético en la procreación irresponsable

Los daños ocasionados como consecuencia de cualquier enfermedad o predisposición genética que exista entre los padres se han convertido en una nueva variante a tener en cuenta en la institución jurídica de la responsabilidad civil.

Se trata específicamente de aquellos casos en los cuales los padres transmiten enfermedades o defectos congénitos a su descendencia, como consecuencia de la relación sexual sostenida entre ellos. Un elemento fundamental de esta clase de acciones de responsabilidad lo constituye el conocimiento de dicha predisposición genética por parte de los padres³⁸, hasta el punto que incluso algunos autores plantean la posibilidad de legitimación activa de estas acciones, al margen de la que le corresponde al niño, en el propio progenitor que desconozca dicho defecto genético o enfermedad transmisible.

En algunos de los estudios que tienen por finalidad abordar esta temática encontramos una visión que suele ser bastante negativa y pesimista respecto de la viabilidad jurídica de este tipo de demandas. Reduciendo las mismas a meras clasificaciones ilustrativas de reclamaciones de responsabilidad relacionadas con el hecho de vivir, pero sugiriendo tanto tácitamente algunos, como expresamente otros, su incompatibilidad con los preceptos tradicionales de la responsabilidad civil³⁹.

³⁸ En este mismo sentido se manifiestan algunos autores resaltando el conocimiento de dicha predisposición genética. RUIZ LARREA, Nekane, “El daño de procreación: ¿Un caso de responsabilidad civil de los progenitores por las enfermedades y malformaciones transmitidas a sus hijos?”, *La Ley*, No. 4491, pp. 2040 y ss; ATIENZA NAVARRO, María, “Las enfermedades con que nacen los hijos y la posible responsabilidad civil de los padres en el ámbito de la procreación natural”, *Revista española de drogodependencia*, con la coordinación de Josefina Alventosa del Río, sección jurídica 33 (01) 2008, pp. 99 y ss; MARTIN GRANIZO, Mariano, *La incapacitación y figuras afines*, Colex, Madrid, 1987, pp. 53-57.

³⁹ Tal es el caso de autores como MACÍA MORILLO, Andrea, op.cit. p. 68; ROMEO CASABONA, Carlos, “Aspectos jurídicos del consejo genético”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, (1), 1994, pp.159-160; PANTALEON PRIETO, Fernando, “Procreación artificial y responsabilidad civil”, *La filiación a finales del siglo XX, problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana (II Congreso mundial vasco)*, Trivium, Madrid, 1988, p. 276; EMALDI CIRION, Aitziber, *El consejo genético y sus implicaciones jurídicas*, Cátedra interuniversitaria Fundación BBVA-Diputación Floral de Biskaia, de Derecho y Genoma Humano, Bilbao - Granada, 2001, pp. 259-264;

Autores como Emaldi Cirion señalan dicha incompatibilidad de manera más tajante, en concreto, este autor ubica la problemática en la adecuación de este tipo de acciones respecto de los elementos comunes de la responsabilidad civil; específicamente, en los referidos a la conducta negligente, a la manifestación de un daño y a la acreditación segura de un nexo de causalidad. En primer lugar, en lo que se refiere a la acreditación de la culpa en el marco de estas reclamaciones de responsabilidad, centra la mayor dificultad en que entiende que no siempre se puede hablar de un conocimiento por parte de los padres de las enfermedades o defectos que padecen, excluyendo en estos casos dicha negligencia. Adicionalmente, señala la falta de normatividad en el ordenamiento español -común en la mayoría de los ordenamientos jurídicos- que obligue a la realización de diagnósticos preconceptivos o diagnósticos genéticos previos al embarazo, ni siquiera en aquellos casos en que existan factores de riesgos determinados. Lo cual, le lleva a la conclusión de que la no realización de este tipo de diagnósticos para nada constituiría una mala praxis médica, pues los preceptos normativos no obligan a su realización.

Por otra parte, indica que en estos casos no existe realmente un daño inferido a otro sujeto debido a la dificultad que plantea considerar a la concepción por sí sola como el hecho productivo del daño, toda vez que puede existir la posibilidad de que las enfermedades o malformaciones no sean consecuencia necesaria y segura de la transmisión o porque en el momento de cometerse la conducta ilícita hace falta el bien que posteriormente se considera afectado, manifestando así que al no existir un objeto o sujeto que sufra alguna agresión injusta no puede existir ninguna obligación de resarcimiento.

Finalmente, en lo que se refiere a la relación de causalidad considera, en principio, que dicha relación podría existir aunque de manera excepcional, pues plantea un sinnúmero de posibilidades que hace complicada dicha acreditación causal. La referida autora manifiesta que es posible que dichas malformaciones o enfermedades no hayan sido consecuencia de la transmisión sino que sean debido a causas naturales sobrevenidas durante el embarazo, plantea igualmente la posibilidad de que la madre haya sido contagiada por un tercero en un momento anterior a la concepción o durante el embarazo, insistiendo en la falta de probabilidad suficiente que se necesita para acreditar un nexo de causalidad en este tipo de conductas⁴⁰.

A modo de conclusión manifiesta lo siguiente:

“En conclusión a la vista del análisis que se ha llevado a cabo sobre los requisitos que han de cumplirse para poder exigir responsabilidad civil a los progenitores que, a sabiendas, transmiten anomalías o enfermedades a sus hijos, se puede concluir que dichos requisitos no se cumplen y por tanto, tampoco puede exigirse la responsabilidad civil por daños y perjuicios. En efecto no se puede hablar de que exista una acción antijurídica, ni un daño porque no existe un bien jurídico en el momento de procrear, tampoco la procreación en sí es la causante del daño y

SANTANA PAEZ, Emelina y SENENT MARTINEZ, Santiago, “Comentarios al art. 157 C.p.”, *Comentarios al Código penal*, dirigido por COBO DEL ROSAL, Edersa, Madrid, 1999, p.645.

⁴⁰ EMALDI CIRION, Aitziber, op.cit. pp. 259-264.

además, en muchas ocasiones las consecuencias postnatales –diagnósticas de antemano- no es seguro que se desarrollen en el futuro. Por tanto al no existir estos elementos no cabe que se haga responsable a los padres por el hijo discapacitado que han engendrado”⁴¹.

En este mismo sentido, autores como Pantaleón Prieto sitúan la problemática en otro ámbito, concretamente, en la inexistencia de un deber jurídico de paternidad responsable, que aunque considera que se trata de un deber que debería de estar incluido dentro del ordenamiento jurídico, no lo está, al igual que en la mayoría del resto de ordenamientos, quedando únicamente como un mero deber moral.

También existen otros autores que tienen una visión más optimista y muy interesante al respecto⁴², señalando que si bien el derecho a procrear encierra un carácter natural y su libre ejercicio se proclama de otros derechos como el libre desarrollo de la personalidad, derecho a la intimidad y al ejercicio de la sexualidad, no es menos cierto que frente al libre ejercicio de aquel se encuentra el derecho humano a nacer sano, pues así lo señala la Convención Internacional de los Derechos del Niño, norma de importancia significativa en la interpretación de las constituciones de la mayoría de los ordenamientos jurídicos.

Esta línea argumentativa niega la teoría anglosajona de la jerarquización de valores, en la cual se establece una supremacía de los derechos de la madre sobre los del niño que está por nacer, propugnando por el ejercicio responsable de los derechos, hasta el punto de que ejercerlos irresponsablemente constituiría una extralimitación de la potestad conferida. Todo lo anterior, bajo la idea de que ningún ejercicio del derecho resulta legítimo si este menoscaba el de los demás.

En este orden de ideas, la referida doctrina autoriza la atribución de responsabilidad a los padres respecto de los daños ocasionados como consecuencia de la transmisión de los defectos o predisposiciones genéticas cuando estas hayan sido conocidas por parte de los responsables y sean susceptibles de ser evitadas. Entendiendo que es posible conciliar los elementos clásicos y tradicionales del instituto de la responsabilidad civil con esta clase de demandas. Aunque deja entrever ciertas dificultades que se pueden presentar a este respecto, haciendo especial énfasis en la cuestión relativa a la calificación de culpable o negligente de la conducta del infractor. Dificultades que pueden ser tanto de orden económico como científico: el acceso que podrían llegar a tener los padres respecto de tratamientos novedosos y costosos para la prevención de este tipo de riesgos; que la ciencia médica no prevea tratamiento alguno para evitar la transmisión de determinados defectos congénitos –límite meramente científico-; o la ausencia de conocimientos respecto de la existencia de tratamientos que eliminan el riesgo de transmisión de enfermedades o defectos genéticos, especialmente, en aquellos sectores marginales o de pobreza considerable donde la ignorancia y la falta de cultura es directamente proporcional a la situación económica. En estos casos muy difícilmente, salvo circunstancias particulares, podría imputarse alguna clase de

⁴¹ EMALDI CIRION, Aitziber, Op.cit. pp. 263-264.

⁴² En este sentido, MEDINA, Graciela, *Daños en el Derecho de familia*, Rubinzal-Culzoni Editores S.A, Buenos aires - Argentina, 2008, pp. 429-456; CASTRO GABALDO, Martín, “La responsabilidad de los padres por los daños producidos a sus hijos”, *Revista Derecho y cambio social*, No. 25, Lima, 2005, pp. 70-71.

responsabilidad bajo el criterio de la culpa por el no acceso a esta clase de tratamientos o por la ausencia de conocimientos respecto de ellos.

2.2.1.2 Las malformaciones o enfermedades congénitas de causación directa o indirecta durante la frase prenatal

En esta clase de supuestos la causación del daño no se produce por la alteración genética del embrión o feto, sino por la causación directa o indirecta por parte de sus padres de trastornos que afectan el normal desarrollo embrionario o prenatal del *nasciturus*.

La causación directa de dichos trastornos puede obedecer a múltiples factores de distinta índole, bien a través de la agresión física o psíquica experimentada por parte de la mujer embarazada a causa del padre, en la cual, al margen de las acciones penales o civiles que inicie la afectada a causa de los daños personales sufridos, el niño podría reclamar frente al padre agresor por las malformaciones o defectos generados a causa de dicha conducta ilícita; bien porque la manifestación de los referidos trastornos se deba exclusivamente a la irresponsabilidad de la madre durante el proceso de gestación, toda vez que esta no atendió los cuidados necesarios y requeridos por parte del profesional sanitario, o en su defecto, ejecutó actividades expresamente prohibidas por parte de este, de tal manera que no solo puso en riesgo la vida del *nasciturus* sino que afectó el normal desarrollo del mismo.

En lo atinente al segundo supuesto aquí esbozado, se ha manifestado la doctora Macía Morillo quien le ha restado eficacia a esta clase de pretensiones de responsabilidad por considerarlas intromisorias del derecho a la intimidad, la autonomía e integridad física de la mujer:

“Cuando es la gestante la que, con una conducta irresponsable realiza actividades de riesgo –laborales o de ocio o desarrolla ciertos hábitos de comportamientos que dañan al niño concebido, se plantea un supuesto más complejo, puesto que entran en conflicto los intereses de la propia madre con los del *nasciturus*. Aunque se descarte en estos casos una conducta penalmente típica, pues se trata de comportamientos que entran en el ámbito del riesgo permitido, en ciertas ocasiones se han planteado demandas de responsabilidad por parte del niño. No obstante, estas demandas son rechazadas en general, por la injerencia que ellos supondría sobre la autonomía, privacidad e integridad física de la mujer”⁴³.

Dentro de esta misma categoría consideramos que es factible inmiscuir aquellos supuestos de reclamaciones de responsabilidad de los hijos frente a los padres irresponsables, en aquellos casos en los cuales se encuentra debidamente probada la premisa de que la enfermedad o malformación podían ser objeto de cura antes del nacimiento. En efecto, la previsión por parte de la ciencia médica del tratamiento correspondiente para ello y la existencia de las condiciones económicas necesarias para acceder tanto al conocimiento de la existencia de dichos tratamientos como a los tratamientos en concreto, constituyen los fundamentos primordiales para pretender la atribución de responsabilidad bajo este tipo de demandas. En estos casos la reclamación

⁴³ MACÍA MORILLO, Andrea, op.cit. p. 67.

se basa en la negativa de los padres, especialmente de la madre, a prestar el consentimiento necesario ⁴⁴ (consentimiento informado) para efectuar la referida intervención, de tal manera que ante la imposibilidad de practicar dicho tratamiento el niño nace con las mencionadas malformaciones que, en principio, no fueron originadas ni a causa de ninguna predisposición genética ni a causa de ninguna irresponsabilidad durante la etapa de gestación, sino como consecuencia del actuar de un tercero o de cualquier otra causa desconocida (causación indirecta). Lo cual, sin embargo, no obsta para que las causas de dichas malformaciones hayan sido algunas de las anteriormente mencionadas, supuesto en el cual también se podría predicar responsabilidad por dicha omisión voluntaria.

2.2.2 La responsabilidad por causa directa o indirecta del daño

El supuesto de hecho propio de estas demandas se centra en un aspecto muy parecido al del anterior acápite: la existencia de malformaciones o defectos causados directa o indirectamente y que pudieron ser evitados. El agente infractor en esta clase de conductas no se refiere a los padres sino al profesional sanitario o médico tratante o cualquier tercero.

El nacimiento de un niño con malformaciones o defectos congénitos se debe exclusivamente a la causación positiva u omisiva de un profesional de la medicina o de un tercero, el cual puede tener ocurrencia antes de la concepción, en la fase prenatal e, incluso, durante el parto ⁴⁵. En estos supuestos, el niño que se ve afectado por las malformaciones causadas en su persona reclama frente al profesional de la medicina o frente al tercero que haya generado dichas anomalías congénitas.

Los supuestos de hecho que comparten estas características pueden ser variados, estos pueden tener lugar bien antes de la concepción bien durante el desarrollo de la fase prenatal.

Durante la fase preconceptiva esta clase de daños se llevan a cabo a través de la participación de cualquier profesional de la medicina en el marco de la prestación de un servicio médico, de tal manera que con la actuación médica correspondiente se produce una alteración en la condición genética de los padres, impidiéndoles concebir un niño sano. Durante esta etapa o fase, es posible traer a colación algunos casos relacionados con las distintas técnicas de reproducción asistida, tal como lo hacen algunos autores españoles y que nos parece interesante ilustrar dentro del presente trabajo.

En el supuesto referido a las técnicas de reproducción asistida también se pueden presentar causaciones directas de las malformaciones o defectos que producen un nacimiento defectuoso, y por tanto una vida discapacitada ⁴⁶; supuestos en los que el

⁴⁴ Debe entenderse la expresión “negativa” a la idea de que la madre no realizó aquellas actividades necesarias para someterse a estos tratamientos, independientemente de que se haya negado expresamente o no a su realización.

⁴⁵ Existe un interesante caso en la jurisprudencia francesa en el que se causan daños al niño durante el parto. Véase. Conseil d’Etat de 23 de septiembre 1988, *Gas. Pal.* 1990, 2, p.421.

⁴⁶ En este mismo sentido. PANTALEON PRIETO, Fernando, op. cit. pp. 262-263; ROMEO CASABONA, Carlos, *Los llamados delitos relativos a la manipulación genética*, Genética y derecho, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, pp. 329-403.

agente infractor es casi en exclusiva el profesional médico, en razón al escaso radio de acción de cualquier otro sujeto en este ámbito. Al respecto señala la doctora Morillo:

“Si se trata del empleo de técnicas de reproducción asistidas (fecundación *in vitro*, inseminación artificial y transferencia intratubárica de gametos), este tipo de reclamaciones de responsabilidad se puede producir por cualquier actuación de los profesionales sanitarios –la intervención de un agente sin conocimientos médicos en este ámbito es difícil- en relación a la conservación o manipulación del material reproductor, que ocasiona daños a este o al preembrion ya fecundado”⁴⁷.

Por otra parte, durante la fase prenatal también se pueden presentar esta clase de daños en el embrión o feto dependiendo del grado de desarrollo del *nasciturus*. Esta clase de conductas se producen durante el proceso de embarazo, las cuales se pueden manifestar dentro del marco de la prestación de un servicio médico o fuera de él, supuestos en los cuales son sujetos ajenos a este ámbito quienes resultan infractores.

Aquellas conductas que se presentan en el marco de un servicio de salud pueden ser de carácter positivas o negativas, las primeras referidas a las que alteran el normal desarrollo del *nasciturus* causándole trastornos o afectaciones que inciden en el nacimiento. Las segundas, se refieren a las omisiones en que pueden incurrir los médicos o profesionales sanitarios en el ejercicio de su deber de actuación. En los supuestos que se manifiestan fuera del ámbito médico, la responsabilidad por lo general recae en sujetos ajenos a dicha esfera de actuación, tal puede ser el caso de la agresión física que sufre la madre por parte de un tercero.

2.2.3 Las demandas “wrongful birth” y “wrongful life”⁴⁸.

Estas pretensiones de responsabilidad, junto a las “wrongful conception”, constituyen la base temática en la cual se va a fundamentar el presente estudio, analizando adicionalmente su eventual compatibilidad con los elementos jurídicos bases del instituto jurídico de la responsabilidad civil o patrimonial.

Consagran las mismas características generales en lo que se refiere a los supuestos de hecho, identificando su nota distintiva en la legitimación activa de cada una de ellas y en algunos problemas específicos que en su momento se analizarán por separado. Por tal motivo, en el presente acápite analizaremos *grosso modo* las mencionadas características haciendo una pequeña mención de las diferencias que pueden surgir entre estas demandas de responsabilidad, de tal manera que identifiquemos con precisión los elementos comunes y específicos de este tipo de demandas y las principales características que las distinguen del resto de demandas de responsabilidad relacionadas con el inicio de la vida o el hecho de vivir.

El escenario en el que estas acciones se manifiestan obedece exclusivamente al ámbito propio de la actividad médica o sanitaria. Se trata específicamente de la omisión

⁴⁷ MACÍA MORILLO, Andrea, op.cit. p. 61.

⁴⁸ La acepción “wrongful birth” es también referenciada por algunos autores como “nacimiento injusto” o “nacimiento errado”; por su parte “wrongful life” también ha sido reconocida como “vida injusta” o “vida errada”. Sin embargo, dentro del presente estudio al referirnos a ella conservaremos su denominación original a efectos de no restarle reconocibilidad a dicha expresión.

o expedición errónea de un diagnóstico, en el marco de una prestación médico-hospitalaria, bien sea por errores en la realización del procedimiento previo a su expedición, bien sea por errores de análisis en la producción concreta del diagnóstico, bien por errores relativos a la información del mismo. Vale destacar, que en este proceso intervienen no solo el médico, sino también una serie de profesionales de la salud que pueden fungir como legitimados pasivos en dicha reclamación. Lo que a su vez, señala que existe un legitimado en la causa pasiva exclusivo en estas demandas: el profesional o profesionales de la salud, así como todos aquellos involucrados en la prestación del servicio médico-asistencial enjuiciado. Es importante mencionar también, que dichos diagnósticos se pueden manifestar tanto en el ámbito preconceptivo como prenatal⁴⁹. En el primero de ellos se refieren a los casos en que no se informa o se informa de manera errónea por parte del profesional médico sobre los riesgos existentes que amenazan al embrión aún no concebido, en adelante “concepturi”⁵⁰; en los casos posteriores a la concepción, la cuestión estriba en que no se informa o que se informa de manera errónea el estado de salud del embrión o feto. El carácter de este tipo de imprecisiones o equivocaciones siempre deben adquirir un sentido negativo, en razón a que es precisamente la falsa expectativa creada por parte del profesional médico en la persona de los padres, lo que hace que estos se encuentren plenamente convencidos de la condición sana del *nasciturus*, fenómeno que se suele denominar como *falso negativo*⁵¹.

Es presupuesto fundamental que dicha conducta médica errónea haya impedido que los padres conocieran de los riesgos que existían de concebir una descendencia defectuosa o malformada en aquellos supuestos previos a la concepción, o que en los supuestos posteriores a ella, se haya impedido que conocieran de dichos males o defectos genéticos existentes en el *nasciturus* antes de la transferencia al útero del preembrion - diagnóstico preimplantatorio- o del vencimiento del plazo fijado por parte del ordenamiento jurídico para hacer efectiva la facultad legal de abortar -diagnóstico prenatal-⁵².

A este respecto surge una importante característica adicional que no resulta prudente dejar de resaltar en el análisis introductorio de estas reclamaciones. En ninguna de estas pretensiones de responsabilidad se intenta afirmar que el origen natural de la vida discapacitada radica en la conducta médico-asistencial negligente, sino que no se advirtió por parte del profesional en cuestión sobre dichas enfermedades o malformaciones que afectan la vida del niño, lo cual probablemente evitó que se pudiera impedir su nacimiento⁵³.

De igual manera, y, como aspecto no menos importante en el estudio de estas reclamaciones, hemos querido traer a colación la afirmación relativa a que en esta clase de supuestos, al igual que en la mayoría de supuestos de responsabilidad médica, la ciencia médica como rama del conocimiento científico constituye un límite en la

⁴⁹ Aquellos diagnósticos preimplantatorios desde una perspectiva muy general, podríamos clasificarlos en el marco de este ámbito prenatal, aun cuando constituyen en esencia un supuesto autónomo de aquellos relativos a los diagnósticos prenatales.

⁵⁰ En el marco de este ámbito también es posible catalogar aquellos relativos a los diagnósticos indirectos.

⁵¹ En este mismo sentido. Véase. EMALDI CIRION, Aitziber, op. cit, pp. 232-233; MACÍA MORILLO, Andrea, op.cit. p. 71.

⁵² BURNS, Thomas, “When Life is an Injury: An Economic Approach to Wrongful Life Lawsuits”, *Duke Law*, Vol. No. 52, pp. 807-809.

⁵³ BOUTCHE Kathy, “Genetic counseling and medical malpractice: recognizing a cause of action for wrongful life”, *Thurgood Marshall Law Review*, Vol. 8, 1983, p. 168.

actividad médica. Así, pues, aquellas malformaciones o defectos congénitos que de conformidad con los conocimientos científicos actuales no hubiesen podido ser detectados por el profesional de la salud, no adquieren ningún tipo de relevancia de cara a este tipo de reclamaciones. No obstante lo anterior, resulta necesario que la malformación o enfermedad congénita sea de carácter incurable haciendo inevitable su manifestación, de tal manera que la única forma de evitarla es a través del ejercicio negativo de la libertad de procreación o ejerciendo de manera positiva la facultad legal de interrupción del proceso de embarazo, según cual sea el caso. Este derecho o facultad jurídica que habilita a la gestante a interrumpir voluntariamente el embarazo se configura como un presupuesto jurídico fundamental para la existencia de estas demandas desde la perspectiva de los diagnósticos prenatales, pues si bien pueden surgir determinados supuestos en los que las mismas no requieren de la existencia de dicha facultad, no es menos cierto que en los casos que tienen lugar en el marco de los procedimientos diagnósticos prenatales, que dicho sea de paso, es allí donde surgen la gran mayoría de los supuestos propios de estas demandas, se exige como presupuesto necesario que el ordenamiento jurídico en cuestión autorice la despenalización del aborto o, en su defecto, la despenalización a título excepcional, y solo bajo determinadas circunstancias.

Así las cosas, los padres quedan privados de una información trascendental y vital para la adopción de determinaciones respecto del ejercicio de la procreación futura o del ejercicio de la facultad legal de abortar, lo cual como habíamos manifestado anteriormente causa la presencia de un falso negativo, es decir, la falsa representación de una realidad: la existencia de condiciones óptimas para adquirir descendencia o la errónea creencia de que el proceso de embarazo transcurre sin ningún tipo de anomalías. A este tipo de supuestos se suma el nacimiento del niño –presupuesto fundamental y necesario para este tipo de demandas- con las anomalías y defectos que no se advirtieron en su momento y que según el estado de los conocimientos científicos eran susceptibles de preverse aunque no de curarse o subsanarse. Esto origina necesariamente que surja una pretensión de responsabilidad sobre los profesionales de la salud o quien corresponda tanto por los daños que experimentan los padres “wrongful birth” al percatarse que la representación mental que ellos ostentaban respecto de la realidad no se corresponde con ella como por aquellos que experimenta el niño “wrongful life”, pues debe enfrentar para toda su vida una existencia discapacitada.

Ahora bien, es importante dejar por sentado que la reclamación de responsabilidad por parte de los padres y aquella presentada por parte del niño constituyen dos acciones totalmente distintas y perfectamente separables. Debido a la relación existente entre ellas y a las características comunes que comparten generalmente son presentadas de manera conjunta, sin embargo, esto no quiere decir que no puedan presentarse por separado o, por el contrario, que no puedan tener lugar solo alguna de ellas. La distinción entre estas reclamaciones de responsabilidad estriba no solo en que la pretensión que se reclama proviene de dos sujetos distintos, sino también y, como consecuencia de ello, que los daños que se reclaman también resultan diferentes; haciendo perfectamente posible la fijación de indemnizaciones conjuntas a causa de los daños padecidos tanto por los padres como por el niño.

En términos generales, es posible aseverar que las reclamaciones de responsabilidad denominadas “wrongful birth” se refieren a aquellas que interponen los padres o algunos terceros que resulten legitimados en la causa activa, por los daños que estos han padecido a consecuencia del nacimiento de un niño que experimenta

malformaciones o enfermedades congénitas. El asunto de la legitimación activa en estas demandas no es propiamente un aspecto de unánime consideración en la doctrina que ha estudiado el tema. Si bien ha existido acuerdo, podría decirse unánime, en lo referente a que dicha legitimación pueda recaer tanto en ambos padres como en la mujer de manera individual, existen grandes objeciones para autorizar como demandante único al padre, en tanto que resulta evidente que no ostenta la legitimación activa para reclamar por algunos daños. Sin embargo, esto no quiere decir que no sea posible vislumbrar esta posibilidad, que aunque infrecuente, puesto que por lo general no suelen los padres fungir como únicos demandante en el marco de estas acciones, existen variados supuestos en los que los padres perfectamente podrían acceder a este tipo de reclamaciones en solitario por no carecer de la legitimación activa en la causa. Por otra parte, vale destacar la posibilidad latente de que el nacimiento del niño con malformaciones inflija determinados daños bien en el patrimonio económico bien en el ámbito inmaterial a terceras personas que se ven perjudicadas indirectamente por la conducta médico-asistencial negligente. Estos casos tampoco son de común ocurrencia en la práctica judicial, en parte por la severa restricción que se ha efectuado por los Tribunales judiciales en cuanto al aspecto de la legitimación activa, reduciéndola en la gran mayoría de veces a los padres o a la mujer a título individual. Sin embargo, no es posible señalar que se ha cerrado la puerta a las reclamaciones presentadas por terceras personas: hermanos, abuelos, tíos. etc. Es indudable que la acreditación de un daño en estas circunstancias debe ser evidentemente clara, determinante y de suficiente entidad para acceder a una indemnización en el marco de este tipo de demandas.

De otra parte, en lo que respecta a las reclamaciones de responsabilidad conocidas internacionalmente como “wrongful life”, podríamos decir que son las que directamente interpone el niño⁵⁴, en la cual se reclama por los daños que este padece debido a sus malformaciones o enfermedades congénitas, y que atendiendo a la naturaleza de patologías incurables no habría sido posible evitar más que con el ejercicio negativo de la libertad de procreación o la efectiva interrupción del embarazo, según cual sea el caso; lo que conlleva a interpretar, en principio, que se reclama por la propia existencia. Los problemas a los que se deben enfrentar este tipo de reclamaciones ostentan mayor trascendencia, dado la naturaleza de las mismas.

Por un lado, la conexión entre la vida y las malformaciones o enfermedades congénitas otorgan un menor margen de maniobra en cuanto a la ubicación del daño como en efecto sucede con las reclamaciones “wrongful birth”, toda vez que resulta complicado identificar el daño en las malformaciones congénitas con independencia de la vida del niño. Así mismo, existe una barrera de orden ético y religioso que constituye un muro, en ocasiones infranqueable para muchos ordenamientos jurídicos. La única alternativa posible para evitar el daño acaecido se reduce a la inexistencia del niño, alternativa que es la que parece reprochar este al profesional de la salud en el marco de

⁵⁴ Evidentemente, al referirnos a la reclamación planteada directamente por el niño hacemos alusión a aquellas que pueden ser formuladas por sus representantes legales (por lo general sus padres) pero en nombre de aquel. Entendemos que la reclamación interpuesta directamente por el niño al cumplir los dieciocho años como sugieren algunos autores, se torna como una posibilidad remota. En efecto, resulta indudable que la incoación de cualquier demanda a este respecto se encontraría prescrita, por cuanto dicho término debe empezar a transcurrir desde el nacimiento o a partir del momento en que dejen de manifestarse las secuelas de las malformaciones congénitas. Siendo posible tal situación, a mi juicio, solo en aquellos casos en donde desde el momento de la manifestación de las secuelas como consecuencia de la condición enferma del joven, no haya transcurrido el correspondiente término de prescripción cuando este haya de interponer personalmente -mayoría de edad- la referida reclamación.

estas demandas, no obstante, este reproche resulta bastante cuestionable desde un punto de visto ético y religioso, que muchas veces traspasa al ámbito jurídico. Por otra parte, existen serias objeciones en cuanto a la acreditación de un nexo de causalidad. Es decir, surgen nuevos eventos que deben ser enlazados causalmente a efectos de vincular la responsabilidad del profesional de la salud o quien corresponda respecto de los daños sufridos por el niño⁵⁵. Tarea que no es ni mucho menos fácil, y en la que existen disconformidades de criterios tanto en la jurisprudencia como en la doctrina.

Las mencionadas dificultades que encierran estas reclamaciones resultan agravadas en las demandas “wrongful life”, siendo quizás esta la razón por la que en la mayoría de los ordenamientos en que han estudiado estas reclamaciones existe una comprobable inclinación por la aceptación de las denominadas demandas “wrongful birth”, y un rechazo de las primeras. No obstante, la identificación del daño en las reclamaciones “wrongful birth” ha provocado la disparidad de criterios en cuanto al tratamiento jurídico de las mismas, pero lo que sí es cierto, es que la mayoría de ordenamientos han coincidido en rechazar las reclamaciones “wrongful life”, sobre la base, en algunas ocasiones, de argumentos que carecen de consistencia lógica y metodológica.

2.2.3.1 Supuestos de hecho

Al igual que las reclamaciones “wrongful conception”, estas pretensiones de responsabilidad que estamos analizando también se manifiestan a partir de algunos supuestos de hecho bases, en los cuales se plantea la posibilidad de exigir indemnizaciones por los daños que se generan a raíz de la errónea o nula información suministrada por parte del profesional de la salud, lo cual como hemos advertido aquí, causa entre otros perjuicios, la imposibilidad de ejercer un efectivo ejercicio del derecho a la autodeterminación reproductiva -derecho a la libre procreación futura, el derecho a la interrupción voluntaria del proceso de embarazo (IVE)- .

Existen cuatro grandes grupos de supuestos bases a partir de los cuales se suele hacer referencia a estos tipos concretos de reclamaciones, teniendo en cuenta que son principalmente dos los supuestos que ostentan mayor ocurrencia práctica en el marco de la realidad objetiva (diagnósticos preconceptivos-diagnósticos prenatales). Así, estos son: los supuestos dentro del marco de la prestación de los diagnósticos preconceptivos; los supuestos dentro del marco de diagnósticos preimplantatorios; los supuestos dentro del marco de la prestación de los diagnósticos prenatales; los supuestos dentro del marco de la prestación de diagnósticos indirectos.

2.2.3.1.1 Los supuestos dentro del marco de la prestación de los diagnósticos preconceptivos

Esta clase de supuestos se presentan dentro de un ámbito temporal específico y es el relativo al momento previo a la concepción del embrión. En este contexto los padres o alguno de ellos acuden de manera voluntaria al sometimiento de las prácticas de pruebas médicas con la finalidad de conocer la situación exacta respecto de la condición

⁵⁵ Nuevos eventos en la cadena de acontecimientos pero que de ninguna manera constituyen un aporte innovador de este tipo de reclamaciones, de modo que estos mismos eventos surgen en el marco de las reclamaciones “wrongful birth” cuando lo que se pretende acreditar son daños que surgen con posterioridad al nacimiento del niño.

reproductora del mismo; buscando descartar la existencia de cualquier clase de riesgo que amenace a su descendencia o tomando medidas tendientes a mitigar o desaparecer dichos riesgos.

La negligencia en la prestación médica que surge como consecuencia de dicho sometimiento voluntario de los padres consiste en la producción de un diagnóstico erróneo, sin embargo, también puede darse el caso en que no medie respuesta alguna a la solicitud por parte de los padres de un diagnóstico de esta índole, situación que generaría de igual manera la ausencia de información veraz sobre lo requerido. Cabe destacar, que ambas circunstancias son perfectamente adecuables a los presupuestos que exigen estas reclamaciones. En este contexto, no se advierte de la existencia de alteraciones genéticas o hereditarias ni de los riesgos de transmisibilidad a los “concepturi” respecto de las mismas; situación que trae como consecuencia directa el desconocimiento absoluto por parte del paciente respecto de su estado de salud, creando en este una percepción distorsionada de la realidad, hasta el punto de ejercer libertades teniendo como base una serie de presupuestos que no se corresponden con la verdad de los hechos, es decir, no es posible llevar a cabo un ejercicio consciente de las libertades a las que tiene derecho a causa de la intervención del profesional médico.

En este orden de ideas, resulta fundamental abordar un tema que permitirá en gran medida un mejor desarrollo del presente estudio, me refiero específicamente a la idea de precisar el carácter obligatorio o voluntario aplicable a esta clase de prestaciones médicas. En lo concerniente a este aspecto temático se ha centrado un debate doctrinal de no poca importancia atendiendo a la trascendencia que significaría asumir una u otra posición.

La doctrina al respecto no se ha manifestado de forma unánime. Los entendidos en la materia han venido manifestando sus consideraciones en uno u otro sentido según la tendencia ideológica a la que se acogen. Algunos de ellos por su parte, han visto con buenos ojos la eventual exigencia de este tipo de diagnósticos por considerar que colabora en gran medida al ejercicio libre y consciente de la libertad de procrear, en razón a que permite conocer el estado de salud de los padres y, a partir de allí, tomar la decisión que a bien les corresponda⁵⁶. Por otra parte, existen autores que niegan la referida obligatoriedad pues afirman tajantemente que la protección de los intereses de una vida potencial que ni siquiera existe, no puede afectar de manera desproporcional intereses fundamentales del ser humano, tales como el ejercicio autónomo de sus libertades y del derecho a la intimidad.

A este respecto también se pronuncia la Doctora Emaldi Cirion aunque efectuando alguna matización especial en lo que respecta a su postura ideológica, pues autorizaría dicha obligatoriedad no en todos los casos sino solo de manera excepcional, y reconoce que la misma en la actualidad, al menos en el ordenamiento español, no se presenta, salvo en casos muy puntuales.

⁵⁶ Autores que asumen la obligatoriedad de esta clase de pruebas de carácter preconceptivo. FLETCHER, Joseph, “knowledge, risk and the right to reproduce. a limiting principle”, *Genetics and the law II*, Plenum press, New York, 1980, pp. 130 y ss. En la misma línea, SUNMER, TWISS J.r, “Parental responsibility for genetic health”, *The Hastings Center Report*, No. 1, 1974, pp. 9 y ss. En algunos supuestos EMALDI CIRION, Aitziber, op. cit, pp. 26-28.

En este sentido, expresa la referida autora que si bien la autonomía es un presupuesto fundamental para la práctica de este tipo de diagnósticos preconceptivos, resultaría viable jurídicamente permitir su imposición bajo la ocurrencia de algunas circunstancias que considera no afectan los intereses fundamentales de los padres. A continuación ilustraremos sus consideraciones respecto de lo beneficioso que resultaría imponer dicha obligatoriedad en alguna de estas circunstancias, específicamente la relativa a los casos en que exista un alto riesgo de transmisión de enfermedades a la descendencia. A este respecto señala que:

“obligar a los futuros progenitores a su sometimiento cuando existen antecedentes familiares en los que se detecta alguna anomalía genética estaría encaminado a que, a la vista de los resultados, pudieran decidir si tener hijos propios o, por el contrario, recurrir a otras vías como las técnicas de reproducción asistida con donación de gametos, la adopción, o bien tomar medidas para no tener descendencia. Pienso que esta opción no sería del todo desacertada por lo beneficiosa que parece ser. Ahora bien, lo que no considero oportuno es que, a la vista de los resultados, el Estado o la Iglesia permitan o no un matrimonio o, incluso, que las parejas tengan o no descendencia. Han de ser los propios sujetos sometidos a las pruebas los que libre y responsablemente tomen sus decisiones y decidan si quieren o no procrear y si una vez aceptado el riesgo, si quieren o no someterse a unas pruebas prenatales que les confirme el estado fetal, para otra vez poder tomar una decisión posterior”⁵⁷.

Dentro de esta tesitura y apoyando la autonomía de la voluntad como elemento fundamental para la realización de los diagnósticos, no solo preconceptivos sino de todos en general, advierte el profesor Romeo Casabona que si bien podría traer algunas ventajas el hecho de exigir la realización de pruebas médicas que busquen prever las alteraciones de orden genético o congénito en los padres, las exigencias de la salud pública, tales como prevenir los riesgos de una población defectuosa, no se corresponden en ninguna medida con el costo que amerita cumplir con dichas exigencias; es decir, este autor resalta la desproporcionalidad que existe entre la finalidad que se buscaría obtener, y la intromisión en los intereses fundamentales de los padres. Además señala, que las competencias que en materia de salud pública le otorga la Constitución Española al Estado se encuentran sometidas a la idea de que los principios constitucionales fundamentales constituyen el eje de un orden político y de la paz social. Así las cosas, a partir de dichas consideraciones descalifica en cierta medida la idea de una eventual obligación que pudiera llevarse a cabo respecto de la práctica de dichas pruebas médicas en los pacientes.

Una vez analizadas algunas de estas elucubraciones es importante dejar sentado que a nuestra consideración el principio de la autonomía de la voluntad del paciente cobra una importancia manifiesta no solo dentro del ámbito preconceptivo sino en todos los ámbitos, pues este se torna fundamental a la hora de llevar a cabo la realización de las pruebas médicas que se requieran, máxime si tenemos en cuenta que este derecho potenciará el cumplimiento a su vez de otros derechos de vital interés para el paciente. En este sentido, el paciente puede ejercer dicha libertad de decisión, que vale destacar, debe encontrarse ausente de vicios y plenamente informada, es decir, previo

⁵⁷ Ibíd. pp. 26-27.

conocimiento de las consecuencias que puede llevar a cabo su determinación. Bajo esta óptica, dicha libertad de actuación puede sugerir la adopción libre de la decisión de someterse a exámenes o pruebas médicas de las que resultará un diagnóstico determinado. De igual manera, puede optar por no proceder a la práctica de las referidas pruebas recomendadas, teniendo conocimiento pleno de las eventuales consecuencias de su negativa.

En estos supuestos concretos y atendiendo a la estrecha vinculación de los mismos con la libertad de procreación que constituye, tal como hemos mencionado, una derivación del derecho a la autodeterminación reproductiva, el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana; la libertad del paciente tiene supremacía frente a las recomendaciones u órdenes del médico⁵⁸. Lo anterior, tiene como consecuencia que el paciente en esta clase de supuestos pueda ejercer libremente su consentimiento sin ninguna clase de coacción externa que le obligue a someterse a las prácticas requeridas por el profesional médico. En estos casos, ni siquiera la ley en la mayoría de los ordenamientos jurídicos ha tomado partido al respecto, pues no obliga a su realización aun en aquellos casos donde medie la existencia de factores de riesgos que hagan aconsejable la realización de este tipo de diagnósticos; sin perjuicio de ciertas excepciones que puedan derivarse de algunos ordenamientos jurídicos minoritarios, como sucede con el caso de la República de China, en donde se exige la práctica de estos diagnósticos preconceptivos con la finalidad de establecer un conocimiento preciso sobre el padecimiento de enfermedades que pudieran acarrear consecuencias nocivas sobre el matrimonio o la descendencia.

En definitiva, la importancia de dicha autonomía resulta tan manifiesta que ni siquiera en aquellos supuestos en los que los padres ostenten un alto riesgo de transmisión de enfermedades a su descendencia, resulta prudente incluir alguna cláusula de obligatoriedad para la realización de este tipo de diagnósticos o pruebas médicas, tal como lo sugiere la autora anteriormente citada, pues la afectación que se generaría en la libertad e intimidad de los padres, aunque con una finalidad loable como sucede con la protección de la calidad de los seres humanos, resultaría desproporcional al beneficio que se busca obtener.

2.2.3.1.2 Los supuestos dentro del marco de la prestación de los diagnósticos preimplantatorios

El contexto en el que este tipo de supuestos se llevan a cabo se encuentran al margen de los casos de concepción natural, existiendo así dos escenarios (concepción natural – concepción artificial) a partir de los cuales es perfectamente posible que se manifiesten los supuestos propios de estas demandas de responsabilidad.

Es perfectamente posible verificar la ocurrencia de los supuestos que dan causa a estas reclamaciones tanto dentro del marco de estas técnicas, así como a partir de ellas. En el marco de estas técnicas, tanto el diagnóstico preconceptivo como el diagnóstico genético preimplantacional -DGP-, principalmente este último, son de relevancia absoluta para la realización de cualquier procedimiento de procreación humana asistida. De igual manera, los procedimientos propios del diagnóstico prenatal pueden llevarse a

⁵⁸ En la misma línea. PELAYO GONZALEZ –TORRE, Ángel, *La intervención jurídica de la actividad médica y el consentimiento informado*, Dykinson, Madrid, 1997, pp. 94-96.

cabo a partir de una fecundación que se realizó de manera artificial a raíz de la práctica de estas técnicas de reproducción asistida.

Con la finalidad específica de esbozar un panorama óptimo para el entendimiento claro y preciso de los supuestos que dentro del presente acápite se manifiestan, considero oportuno efectuar una introducción respecto de las Técnicas de Reproducción Asistida, en adelante -TRA-, dentro de la cual se establezcan algunas nociones muy generales: el tratamiento normativo tanto en nuestro ordenamiento jurídico como en el español, al igual que en el de algunos otros países. Lo anterior, con la finalidad específica de identificar la falta de uniformidad que al respecto existe en esta materia y la incidencia de las TRA en los diagnósticos preimplantacionales.

Las TRA constituyen en la actualidad el método por excelencia de un fenómeno científico de extraordinario interés jurídico, me refiero de manera concreta a la medicina reproductiva. Los avances de la biología, principalmente a mediados del siglo XIX, con las investigaciones sobre la fecundación (inseminación artificial) y el desarrollo del *nasciturus*, junto al descubrimiento ya en el siglo XX de la técnica de la fecundación *in vitro*, entre algunas otras, permitieron llevar a cabo la posibilidad de que se accediese a la procreación aun en aquellos eventos en donde no pudiera llevarse a cabo de manera natural. En principio, esta alternativa fue diseñada con una finalidad exclusiva: eliminar en proporciones significativas la esterilidad e infertilidad en los seres humanos. No obstante, el avance de la ciencia junto con la toma de conciencia de los beneficios a los que se podría hacer acreedor la raza humana por su utilización prudente y responsable, han venido a constituir factores de vital importancia para considerar una finalidad adicional; me refiero a la prevención o tratamiento de enfermedades de orden genético, hereditario o congénito, las cuales a través de este tipo de intervenciones médicas pueden disminuir considerablemente. Esta consideración sin lugar a dudas ha hecho eco en las legislaciones de muchos países que han estimado oportuno regular las técnicas de procreación asistida agregando como finalidad adicional, la prevención de enfermedades genéticas o hereditarias.

No obstante lo anterior, las TRA suponen un cambio diametralmente importante en la procreación humana y en el origen de la familia. Las libertades cobran un protagonismo fundamental puesto que se dota de mayor preponderancia a la voluntad del ser humano, incluso se brindan nuevas posibilidades que en el pasado estaban cerradas por tornarse imposibles, tales como: la selección de sexo, la elección de los caracteres genéticos de los descendientes, la elección de los embriones sanos, la obtención de descendencia en parejas biológicamente infértiles, la sustitución de los genes anómalos de un embrión a través de terapias génicas, bien en la línea somática o germinal, e incluso como ha sucedido en países como EE.UU, la transferencia voluntaria de embriones con defectos congénitos, por parte de parejas homosexuales (mujeres), al útero de una de ellas⁵⁹, entre algunas otras.

En este orden de ideas, encontramos que el abanico de posibilidades que otorga esta tecnología reproductiva es bastante amplio y que de ninguna manera debe ser objeto de indiferencia para el legislador, como sucede en nuestro ordenamiento jurídico, en donde no existe normativa legal alguna que regule las TRA, permitiendo que la práctica

⁵⁹ JIMENEZ GONZALES, Joaquín, “Diagnóstico genético preimplantacional: Conflicto bioético y derecho comparado nacional e internacional”, *Revista de Responsabilidad Médica – Asociación Española de Defensa Médica- Aedeme*, Ourense, 2013, p. 63.

de este tipo de técnicas se lleven a cabo sin ningún tipo de ponderación previa de los intereses en conflicto que se encuentran en juego.

La libertad de procreación, que la podemos encontrar en el ordenamiento jurídico colombiano como fiel reflejo de otros derechos de fundamental importancia, tal es el caso del derecho a la autodeterminación reproductiva, del derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 16. C.P), del derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos que se quiera tener (art. 42. C.P) e, incluso, del derecho a la dignidad humana que se estima inherente a cualquier persona por el mero hecho de vivir⁶⁰(Art. 11. C.P). Similar situación se presenta en España con la libertad de procreación, la cual se considera como derivación del derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 C.E), a la dignidad humana (art. 10.1 C.E), e incluso, del derecho a la intimidad (art. 18 C.E)⁶¹. Desde esta óptica, la libertad de decisión sobre la procreación futura se encuentra consagrada en el ordenamiento español en reconocimiento de un interés jurídico a sus titulares. La decisión de concebir descendencia o no, o el número de ellas, son cuestionamientos en los que, en principio, no podría incidir el legislador “so pena” de coartar el núcleo fundamental de las libertades fundamentales; hacen parte de una decisión personalísima (Derecho a la intimidad) en la que el Estado no puede intervenir, bien sea prohibiéndola o imponiéndola.

Al respecto señala la doctora Emaldi Cirion:

“considero que existe un derecho subjetivo a la procreación reconocido en el ordenamiento constitucional español, que se basa en la libertad, como valor (art. 1.1), y en la dignidad de la persona (art. 10.1), también lo vinculamos al derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18), al derecho a la protección de la salud (art. 43.1) y en el respeto a fundar una familia (convenio europeo). Sin embargo no es un derecho absoluto, sino que tendrá los límites –que tienen otros derechos-, derivados del ejercicio de la propia libertad, de la libertad de los demás, del ejercicio de los propios derechos y del respeto a los derechos de los demás”⁶².

Ahora bien, las TRA no solo proporcionan la posibilidad de hacer efectivo ese ejercicio de procreación sino que también permiten otra serie de actuaciones que soslayan otros bienes jurídicos protegidos igualmente por parte del ordenamiento, tales como la protección de la vida e integridad física del *nasciturus*, la promoción de la igualdad de los seres humanos y, como consecuencia, la erradicación de cualquier tipo de discriminación (fines eugenésicos), la preservación del patrimonio genético de la humanidad, entre otros. Resulta necesario en este aspecto efectuar una ponderación de

⁶⁰ La Corte Constitucional Colombiana ha circunscrito el concepto de la dignidad humana desde dos ópticas interesantes: i). Como bien jurídico propiamente dicho. ii). Según su funcionalidad normativa. En el primero se ha enfocado en tres aspectos concretos: la autonomía personal o posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como se quiera), las condiciones materiales concretas mínimas de existencia (vivir bien), y la protección de los bienes extrapatrimoniales y de la integridad física y moral (vivir sin humillaciones); en lo referente a la segunda óptica se le otorga a la dignidad humana la connotación de principio edificante del ordenamiento jurídico, como principio constitucional y como un derecho fundamental en sí mismo. Corte Constitucional, Sentencia T-881/2002, de 17 de octubre. M.P. Dr. Eduardo Montealegre Lynett.

⁶¹ EMALDI CIRION, Aitziber, op. cit. pp. 367-368.

⁶² Ibídem. pp. 367-368.

los intereses en conflicto y hacer prevalecer aquellos que de acuerdo a las circunstancias concretas revistan mayor relevancia jurídica, ponderación que está llamada a realizarla el legislador estatal, lo anterior con la finalidad específica de evitar el uso abusivo de la tecnología reproductiva, que si bien puede aportar inmejorables beneficios para la vida de los seres humanos, su uso irresponsable puede desencadenar consecuencias inimaginables.

Por otra parte, también hay que dejar por sentado que la libertad de procreación no implica la existencia de un derecho subjetivo de los seres humanos para con el Estado, de exigir la pretensión de obtener descendencia, así como la obligación por parte del Estado de permitir a cualquier persona y en cualquier supuesto el acceso a ellas. Por tal motivo, es un deber y no una mera potestad la que ostenta el Estado, en lo referente a la obligación de legislar sobre las distintas técnicas de procreación asistida, que atendiendo a los avances tecnológicos -que vertiginosamente se han venido desarrollando-, surge en mayor medida la necesidad de ponderar los distintos intereses que se encuentran en juego con la aplicación de este tipo de técnicas. Estas consideraciones al parecer no han sido tomadas muy en cuenta por parte de aquellos Estados –Colombia, México, Venezuela, Costa Rica, etc.- que se han abstenido de efectuar dicha regulación respecto de las condiciones de utilización de este tipo de técnicas, por tanto, han tenido que ser los jueces los que deban solventar los distintos entuertos que se presentan producto de este tipo de situaciones. Sírvasen de ejemplo preguntas como: ¿Qué sucede con la filiación de los niños que nacen con este tipo de técnicas artificiales de procreación?⁶³ ¿Es posible la fecundación *post mortem* y qué efectos legales tendría esta? ¿Qué destino deben tomar los embriones que por cualquier motivo se encuentren en crioconservación? ¿Se encuentran permitidas las terapias génicas en la línea germinal, que son las que plantean polémica por su potencial efecto modificador del patrimonio genético? ¿Es posible la selección de embriones? ¿En qué supuestos? Esta y muchas otras inquietudes asaltan día con día, no solo a los jueces, que se encuentran obligados a otorgar una resolución al respecto, en la mayoría de los casos apelando a la utilización de principios constitucionales y jurídicos que constituyan su tabla de salvación, sino también a la sociedad en general, incluyendo a los profesionales de la medicina.

De igual manera, también existen disparidades importantes en lo que tiene que ver con los Estados que sí consideran apropiado efectuar regulaciones respecto de las TRA, lo cual refleja la ausencia de normatividades uniformes al respecto, incluso en los países que hacen parte de la Unión Europea. En lo atinente al caso Italiano encontramos la tan criticada pero vigente “Legge” N.40 de 19 de febrero de 2004, de Procreación Asistida, la cual es sin duda alguna, una de las más restrictivas en lo atinente a la práctica de este tipo de técnicas de tecnología reproductiva, prohibiendo de manera enfática una serie de prácticas que, en principio, parecería exagerado realizar: la restricción al acceso del uso de estas técnicas de tecnología reproductiva limitadas solo a las parejas unidas en matrimonio, o en su defecto parejas en unión de hecho (Art.5); la negativa a la fecundación “post mortem” (Art. 5); el rechazo a la utilización del DGP, en ocasión a la prohibición de que solo los embriones no enfermos sean transferidos al útero, entre algunas otras, que llaman la atención y que no se presentan en la mayoría de los

⁶³ BERNAD MAINAR, Rafael, *Efectos jurídicos de las nuevas técnicas de reproducción humana*, Publicaciones UCAB, 1ª edición. Caracas, 2000, pp.89-93; BERROCAL LANZAROT, Ana, “De nuevo sobre la reproducción humana asistida en España. Análisis jurídico-sanitario de la ley 14/2006, de 26 de mayo (1era parte). More on assisted human analysis of law , 14/2006, may 26”, *Revista de la Escuela de medicina legal – Universidad Complutense de Madrid*, Madrid, 2009, pp. 27-28.

ordenamientos jurídicos que también regulan este tipo de mecanismos artificiales de procreación.

En este mismo sentido, existían otro tipo de restricciones en la referenciada ley que fueron expulsadas del ordenamiento jurídico italiano, por parte de la “Corte Costituzionale” en 2009⁶⁴, por resultar bastantes restrictivas y potencialmente atentatorias a la integridad física de la mujer. Algunas de ellas se refieren a la eliminación de la prohibición que anteriormente existía respecto del número de embriones que debían ser transferidos al útero, y a la obligación de un único y simultáneo implante, así como algunas otras disposiciones. Esto sin lugar a dudas ha contribuido a que dicha legislación cuente en la actualidad con algunos elementos de flexibilidad, que aunque excepcionales, le han otorgado a los profesionales médicos mayor autonomía decisional.

En Francia la situación normativa se asemeja en mayor medida a la española y, al igual que en esta, la normatividad legal que regula la reproducción asistida ha sufrido constantes variaciones al respecto, tal como se puede desprender de la expedición de la Ley 94-654, relativa a la protección del cuerpo humano, la cual regulaba en varios de sus apartes las modernas técnicas de procreación humana artificial respecto del derecho, modificada posteriormente por la Ley 2004-800 relativa a la bioética, la cual realiza una serie de precisiones y ajustes a la normatividad legal vigente hasta el momento y, finalmente, la vigente Ley 2011-814, de 7 de julio que modifica la anterior ley de bioética. Lo anterior, al margen de otras normatividades legales que se han proferido regulando aspectos conexos con este tipo de asuntos, como sucede con las donaciones y utilizaciones de elementos y productos del cuerpo humano para la asistencia médica en la reproducción y el diagnóstico prenatal⁶⁵.

En términos generales, las TRA según la normatividad legal francesa, contienen dos finalidades muy generales a partir de las cuales se pueden reproducir algunas otras, estas se refieren como inicialmente hicimos referencia: (i) combatir y erradicar en la medida de las posibilidades científicas y jurídicas la infertilidad y esterilidad de los seres humanos. (ii) evitar la transmisión de enfermedades genéticas, hereditarias o congénitas a los descendientes⁶⁶.

En este sentido, reza el artículo L- 2141-2 del Code de la santé publique: “L'assistance médicale à la procréation a pour objet de remédier à l'infertilité d'un couple ou d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité. Le caractère pathologique de l'infertilité doit être médicalement diagnostiqué.

“L'homme et la femme formant le couple doivent être vivants, en âge de procréer et consentir préalablement au transfert des embryons ou à l'insémination. Font obstacle à l'insémination ou au transfert des embryons le décès d'un des membres du couple, le dépôt d'une requête en divorce ou en séparation de corps ou la cessation de la communauté de vie, ainsi que la révocation par écrit du consentement par l'homme ou la femme auprès

⁶⁴ En este sentido se manifestó la sentencia 151 de 2009 de la Corte Costituzionale que declaró parcialmente ilegítimos los párrafos 2 y 3 del artículo 14 de dicha ley.

⁶⁵ Contenido temático regulado específicamente por la ley 2004-653/1994.

⁶⁶ Artículo L. 2141-2 del Code de la santé publique, en redacción de la ley No. 2011-814, de 7 de julio. Artículo 33.

du médecin chargé de mettre en oeuvre l'assistance médicale à la procréation”⁶⁷.

A partir de estas finalidades se efectúan una serie de regulaciones que buscan llevar a cabo las mismas, teniendo de manifiesto cierto hermetismo en lo referente al uso desbordado de la tecnología reproductiva. Así las cosas, si bien autorizan de manera general las distintas técnicas de procreación humana asistida debidamente acreditadas científicamente, sí exigen un sinnúmero de especificaciones que hacen más concreta dicha normatividad respecto de la Española. En este orden de ideas, prohíbe algunos aspectos como, la fecundación de un embrión en ausencia de al menos uno de los gametos de la pareja que se somete a dichas técnicas de tecnología reproductiva, es decir, la limita al suministro obligatorio de los gametos de uno de los miembros de la pareja⁶⁸. De igual manera, se prohíbe a diferencia de lo que ocurre en España, Colombia, al igual que en muchos otros países, que la mujer sola pueda acceder a las TRA, bien sea con la finalidad de eliminar los efectos de la infertilidad que padece, o para prevenir o paliar los riesgos de una eventual transmisión de enfermedades genéticas o hereditarias a su descendencia; por tal motivo, se exige para el acceso a dichas técnicas el consentimiento otorgado de manera libre e informado de la pareja (art. L.2141-2 CSP). Finalmente, frente a la posibilidad de fecundación “post mortem” la normativa francesa niega dicha posibilidad, exigiendo que los miembros que integren la pareja y que accedan a dichas técnicas deben estar vivos y que el fallecimiento de alguno de ellos impide la transferencia del embrión o la inseminación de los gametos, debiendo decidir qué destinación se le debe efectuar a dichos gametos o embriones. (art. L. 2141-2 CSP)⁶⁹

Finalmente, en España al igual que Francia la regulación de las TRA ha sufrido variadas modificaciones con el objeto de ir efectuando actualizaciones en la normativa legal conforme a los avances científicos y tecnológicos que día con día se desarrollan vertiginosamente en el mundo. La ley 35 de 1988 intenta regular los distintos vacíos jurídicos que suponía la utilización de las TRA, evitando así la desmesurada potencialidad aplicativa de la ciencia reproductiva, regulando de manera general y, aunque ambigua, una serie de aspectos que permitirían conocer un margen de actuación por parte de los profesionales de la salud y, así mismo, por parte de las personas que pretendieran acceder a esta tecnología reproductiva y en qué términos hacerlo. No obstante lo anterior, dicha determinación legal iba a plantear una serie de inconformidades al respecto, exigiéndose en algunos aspectos mayor precisión en algunas disposiciones, y en otros simplemente la modificación de algunos preceptos normativos, bien sea por el asincronismo existente entre la ciencia y la normatividad vigente, bien por la inconveniencia de dicha disposición legal. Tal situación se reflejaba en las inquietudes que surgían en lo relativo a la destinación que debían tomar los embriones una vez finalizara el tiempo límite de crioconservación, o la negativa a crioconservar ovocitos en razón a la inseguridad científica que planteaban estos procedimientos respecto de la viabilidad posterior del mismo. Así mismo, se planteaban recomendaciones en pro de modificar la normatividad vigente, algunas de ellas se

⁶⁷ Ibid.

⁶⁸ Artículo L. 2141-3 del Code de la santé publique, en redacción de la Ley No. 2011-814, de 7 de julio. Artículo 36. La determinación de la filiación en estos casos siempre será conforme a lo establecido en el código civil francés (art. 311-19), el cual señala que en los casos de reproducción asistida con tercero donante, no habrá ningún vínculo de filiación entre el donante y el hijo nacido de la procreación; negando además y de manera expresa, la posibilidad de iniciar una acción de responsabilidad frente al donante.

⁶⁹ Artículo L. 2141-2, párrafo segundo, del Code de la santé publique, en redacción de la Ley No. 2011-814, de 7 de julio. Artículo 33.

referían a la modificación del tiempo límite de conservación de embriones de 5 a 10 años⁷⁰, la determinación precisa de la procedencia del DGP, que valga decir en aquel momento no resultaba tan clara como en la actualidad aunque se llevaba a cabo en la práctica, y la recomendación dirigida a permitir la gestación substitutiva siempre y cuando se cumplieran unos requisitos determinados⁷¹, entre algunas otras.

Todas estas inquietudes e inconformidades se venían manifestando a lo largo de la vigencia de la mencionada ley, sin embargo, el legislador consideró más importante enfocarse en otros asuntos que requerían especial interés, y fue el relativo a solucionar el inconveniente que planteaba la acumulación de embriones sobrantes de las FIV y que se encontraban en estado de crioconservación sin determinar qué destinación se le iba a dar al respecto. A raíz de esto surgió la Ley 45 de 2003 con dos objetivos específicos: (i) evitar la acumulación de embriones sobrantes como consecuencia de las TRA. (ii) incentivar la investigación con los embriones humanos autorizando la descongelación de los sobrantes.

Las medidas a las que se dedicó la referenciada ley fueron conducentes al cumplimiento de estas finalidades trayendo como consecuencia una serie de regulaciones generales, las cuales algunas también fueron objeto de críticas: la fijación en tres del número de preembriones que debían ser transferidos a la mujer en cada ciclo (art. 4 Ley 45/88), la prohibición general de fecundar más de tres ovocitos en cada ciclo ovárico (art. 4 inc. 3. Ley 45/88), el plazo de crioconservación del semen que dejó de ser por cinco años, tal como consagraba la normatividad anterior para autorizarse durante toda la vida del donante. (art. 11 Ley 45/88)

La actual Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida, culmina este proceso de tránsito legislativo respecto de la práctica de este tipo de técnicas artificiales de procreación humana, y se lleva a cabo en razón de la urgencia que existía para el legislador de apersonarse con prontitud y mayor precisión de una serie de deficiencias que presentaba la legislación hasta ese momento vigente. Situación que además de la doctrina también fue evidenciada por la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida. En este orden de ideas, esta ley reafirma la finalidad general plasmada en la Ley 35/88, en donde disminuir los efectos de la esterilidad y la infertilidad constituyen un objetivo fundamental, así como prevenir o tratar las enfermedades de origen genético o hereditario que pudiera llegar a sufrir la descendencia (art. 1 Ley 14/2006). El consentimiento y la voluntad de los usuarios en la presente normatividad legal adquiere un papel más relevante, tal como se podía desprender de la Ley 45/2003, pues en esta ley se le confiere un papel determinante a la voluntad y consentimiento de los usuarios de las TRA de cara a la destinación de los embriones sobrantes de las mismas y de aquellos que se encontraren crioconservados con anterioridad⁷², observándose mejoras sustanciales respecto de la ley anterior: la eliminación de la diferencia en cuanto al tratamiento de los embriones crioconservados con anterioridad a la vigencia de la Ley 45/2003 y aquellos que se produjeron durante la misma, supeditando en todos los casos dicha destinación a la voluntad de los padres. Así mismo, también se efectúa una regulación más precisa que la experimentada con

⁷⁰ EMALDI CIRION, Aitziber, op. cit, pp. 365-366.

⁷¹ Ibidem. p. 410-413.

⁷² ABELLÁN-GARCÍA SÁNCHEZ, Fernando, “El estatuto jurídico del embrión en España: de la ley de reproducción de 1988 a la clonación terapéutica de nuestros días”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, No. 28, 2008, pp. 71-72.

anterioridad en lo relativo a la investigación de embriones, fijando las condiciones y requisitos para acceder a ella, y el tiempo de duración respecto del cual se pudieran llevar a cabo las mismas (art. 15-16 Ley 14/2006).

Resulta menester señalar que la fijación establecida en cuanto al número de ovocitos que era posible fecundar fue expresamente eliminada, otorgándole al profesional médico un radio de acción más amplio y flexible de conformidad con las circunstancias concretas del caso, lo anterior, a efectos de fecundar un mayor número de ovocitos sin que esto implicara transferir al útero más de tres preembriones, los clínicos y científicamente indicados para el efecto (art. 3.2 Ley 14/2006).

En lo que se refiere a la inconveniencia de prohibir la fecundación de más de tres ovocitos, existen unas consideraciones de interés que vale la pena resaltar dentro del presente estudio a efectos de ilustrar con más claridad el mismo. En este sentido manifiesta la Doctora Berrocal Lanzarot:

“Se trata de una medida regresiva desde el punto de vista del interés de la usuaria, pues, los expertos en reproducción asistida señalan que de cada diez óvulos extraídos a una mujer de 30 años, alrededor de ocho suelen ser ovocitos maduros, y de estos ocho, solo cinco o seis son fecundables, de entre los fertilizados prospera el 20%, es decir, se obtiene dos o, como mucho, tres embriones aptos para ser transferidos”⁷³.

Continuando con estas breves referencias relacionadas con el tratamiento normativo otorgado a las prácticas de las TRA por considerarlas necesarias para un mayor entendimiento de los supuestos propios de las reclamaciones “wrongful birth” y “wrongful life”, pues a partir de ellas es posible la verificación de supuestos que dan causa a las mismas; analizaremos de manera concreta el caso colombiano, que al igual que algunos países como México y Venezuela, carecen de legislación específica en este sentido.

En consonancia con la referencia que habíamos efectuado con anterioridad, hay que mencionar que el legislador colombiano no se ha pronunciado respecto de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, ni mucho menos respecto de las consecuencias que pueden producir este tipo de técnicas de tecnología reproductiva: la determinación legal de la filiación de un niño nacido bajo este tipo de técnicas y los problemas que se pueden llegar a presentar en ese sentido; la fecundación “post mortem”; la posibilidad de realización de terapias génicas en la línea germinal; la selección de sexo y de embriones; entre otros asuntos de particular interés⁷⁴. No obstante lo anterior, existen en la actualidad dentro del ordenamiento jurídico colombiano algunas normas de carácter reglamentario que se han propuesto regular temas conexos referidos a estas técnicas. Tal es el caso de la implantación de Unidades de Biomedicina Reproductiva y centros similares cuyo objeto es prestar servicios de salud en esta disciplina, estableciendo a su vez la configuración de un programa de biomedicina reproductiva que suponga la existencia de donantes de gametos sanos y con ausencia de cualquier tipo de alteraciones genéticas que impliquen riesgos de anomalías en la descendencia. Así mismo, es posible encontrar determinaciones normativas que buscan

⁷³ BERROCAL LANZAROT, Ana, op.cit. p. 30.

⁷⁴ GÓMEZ CÓRDOBA, Ana, “Consentimiento informado para el tratamiento de la información genética en el derecho colombiano”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, Vol. 35, 2011, pp. 206-207.

regular los requisitos para ser donantes de gametos y acceder a dicho programa de biomedicina, así como prever la existencia de un registro confidencial en el que se dé cuenta de la información y de los datos generales y específicos de los donantes. De igual manera, se efectúan algunas referencias al consentimiento libre, voluntario e informado que debe existir para someterse a cualquiera de las técnicas que integran las TRA.

Existen dos normas de trascendental importancia en Colombia que regulan esta serie de aspectos, que aunque se enfocan en el cúmulo de asuntos propios de las TRA, se refieren de manera muy ambigua a ellas en algunos de sus apartados. Por un lado, encontramos el Decreto 1546/98⁷⁵ que reglamenta las leyes 9 de 1979 y 73 de 1988⁷⁶, que regulan la protección del medio ambiente y la donación y trasplante de órganos y componentes anatómicos para fines de trasplantes u otros usos terapéuticos. Por otra parte, se encuentra la Resolución 3199/98 del Ministerio de Salud y Protección Social, a través del cual se establecen las normas técnicas, científicas y administrativas para el funcionamiento de los bancos de componentes anatómicos, de las Unidades de Biomedicina Reproductiva, y en el cual se regulan algunos aspectos propios de estas técnicas de procreación asistida. Atendiendo a lo anterior, es posible determinar que dicha regulación jurídica en lo referente a las TRA resulta altamente insatisfactoria, permitiendo la existencia de vacíos legales e inquietudes de grandes proporciones en lo referente a otras instituciones jurídicas fundamentales de la sociedad: el matrimonio, la filiación, los derechos hereditarios, la familia, etc. En este orden de ideas, la regulación existente en el ordenamiento jurídico colombiano resulta en términos generales insuficiente, generando a nuestra consideración la urgencia manifiesta por parte del legislador de pronunciarse al respecto, y evitar que los avances científicos y tecnológicos que no dan espera, sean los marquen las directrices que deben seguirse por parte de la humanidad.

Una vez realizada esta introducción general sobre la situación normativa existente en algunos países de la Unión Europea y de Latinoamérica respecto de las TRA, resulta prudente precisar el papel que juega el Diagnóstico Genético Preimplantacional –DGP en algunas legislaciones, lo anterior en razón a la importancia que esto reviste para las reclamaciones que estamos estudiando.

En el contexto de la medicina reproductiva y teniendo como base primordial el vertiginoso avance de la tecnología científica, el DGP se postula como uno de los descubrimientos y logros más espectaculares y beneficiosos en la actualidad, concretamente, en lo referente a las técnicas diagnósticas para la detección de enfermedades relacionadas con el genoma humano. En términos muy generales, se trata de un procedimiento de diagnóstico que consiste en determinar con cierta precisión de confiabilidad, la salud genética de un embrión *in vitro*, permitiendo detectar o descartar la existencia de anomalías genéticas o hereditarias o cualquier otra alteración que pueda o no comprometer su viabilidad durante su desarrollo en el útero materno⁷⁷. Los

⁷⁵ El Decreto reglamentario 1546/98 actualmente vigente, adopta la condiciones mínimas para el funcionamiento de las Unidades de Biomedicina Reproductiva, centros u otros similares; fue modificado por el Decreto 2493/04 en sus artículo 1y 2, y derogó parcialmente las disposiciones normativas consagradas desde el artículo 3 al 42.

⁷⁶ La ley 73/88 adiciona la ley 9/79, en lo atinente a las disposiciones normativas referidas a la donación, trasplante de órganos y componentes anatómicos para fines de trasplante o cualquier otro uso adicional de carácter terapéutico.

⁷⁷ MACÍA MORILLO, Andrea, op.cit. p. 73; PANTALEON PRIETO, Fernando, op. cit. pp. 262-263; GONZALES DE CANSINO, Emilssen, “Eugenesia y derecho: ¿hacia una eugenesia liberal?”, en línea,

beneficios que se desprenden de este tipo de técnicas de diagnóstico son incalculables pues permiten el estudio de distintas alternativas que se pueden llevar a cabo -previo consentimiento libre e informado del paciente- dependiendo del diagnóstico arrojado por el DGP. Se configura esta técnica como un elemento de gran valía para la libertad reproductiva de los padres, especialmente, de aquellos que buscan garantizar una calidad óptima de vida a su descendencia.

En este aspecto específico, surgen algunos autores planteándose la posibilidad de hablar de un derecho por parte de los padres a exigir información genética precisa para la toma de una correcta decisión respecto de las distintas alternativas de reproducción. En este sentido señala el doctor Abellán-García:

“Se habla entonces del surgimiento de un nuevo concepto de paternidad responsable que se vale de la información genética para decidir sus opciones reproductivas y de un nuevo tipo de eugenesia, la denominada «neoeugenesia», que presenta matices propios importantes que la diferencian de forma clara de la eugenesia clásica (esencialmente el hecho de que tiene su origen en la libertad reproductiva de los individuos o de las parejas, y no en políticas estatales como antaño)”⁷⁸.

Este tipo de diagnósticos, como de su denominación se refleja, se realizan de manera previa a la implantación del embrión en el útero y con base en él se decidirá si resulta prudente proceder a dicha implantación, o si por el contrario, resulta desaconsejable y, como consecuencia, volver a iniciar el procedimiento o descartar de manera definitiva dicha posibilidad.

Estos diagnósticos no solo permiten la posibilidad de identificar el estado de salud de los genes del embrión sino que también permiten identificar los caracteres genéticos del mismo, lo cual abre una serie de posibilidades que desbordan en muchos sentidos la disciplina bioética. Así las cosas, el abanico de alternativas que se otorga a la humanidad pasan desde clonar seres humanos fallecidos hasta “la fabricación de bebés perfectos”, alternativas que resultan descartadas de plano si estamos en un Estado de derecho que rechaza la ideología de la eugenesia clásica, la cual tuvo gran acogida durante la primera mitad del siglo XX. Este tipo de situaciones hace que la regulación del DGP y, por tanto, su viabilidad en las legislaciones internacionales no sea un tema precisamente pacífico, lo cual trae como consecuencia una notable disparidad en cuanto al tratamiento que a nivel internacional se le suministra a ella.

En algunos países como Italia la situación es bastante caótica. La “Legge” No. 40/2004 prohíbe la posibilidad de acudir a este tipo de técnicas de diagnósticos por

Revista oficial de la Academia Colombiana de la Jurisprudencia, 2005. Disponible de página web: <http://www.acj.org.co/>. Última visita: 1 de agosto de 2016; ABELLAN-GARCIA SANCHEZ, Fernando, “Aspectos bioéticos y legales del Diagnóstico Genético Preimplantatorio (DGP). Bioethical and Legal Aspects of Preimplantation Genetics Diagnosis”, *Revista de la Escuela de Medicina legal – Universidad Complutense de Madrid*. Madrid, 2006, pp. 15-16; JIMENEZ GONZALES, Joaquín, op.cit. pp. 52-53; MORENO ALBIÑANA, Miguel, “La responsabilidad médica en los tratamientos de reproducción asistida en los que no se apliquen técnicas de diagnóstico preimplantacional (DPI), estando clínicamente autorizado y legalmente autorizado”, *Revista de Responsabilidad Médica – Asociación Española de Defensa Médica-Aedeme*, Ourense, 2013, p. 40.

⁷⁸ ABELLAN GARCIA-SANCHEZ, Fernando, op.cit, p. 15.

considerar que resulta antijurídico que solo los embriones no enfermos sean los únicos que puedan ser transferidos al útero, lo cual obstaculiza la prevención efectiva y la realización de un eventual tratamiento que cure o palíe los efectos de cualquier enfermedad genética o hereditaria que padezca el embrión *in vitro*. Esta situación en Italia ha producido un sinfín de traumatismos a lo largo de los últimos años, en donde se ha cazado una afrenta entre los Tribunales judiciales italianos y la mencionada prohibición. Bajo esta óptica, han existido algunos fallos que han propugnado por la defensa de la procedencia del DGP como consecuencia de un derecho a dicha información genética a efectos de tomar una decisión informada en materia reproductiva, así sucedió con los Tribunales locales de Florencia y Cagliari. Por su parte, el Tribunal Administrativo Regional de Lazio en su sentencia No. 398/2008, también se pronunció a este respecto declarando ilegal dicha prohibición a menos que se utilizara con fines no terapéuticos, por ejemplo, para la selección de raza o sexo sin existir ninguna enfermedad relacionada al cromosoma sexual.

En el ámbito internacional también han existido objeciones a la rígida normatividad italiana, tal como sucedió recientemente con la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos – TEDH⁷⁹, en la cual se condenó al Estado italiano por haberle negado la posibilidad a una pareja de llevar a cabo la realización del DGP, impidiéndoles obtener descendencia sana tal y como era objeto de deseo por parte de estos⁸⁰. Manifestó el Tribunal a grandes rasgos, que existía una contradicción manifiesta en la legislación italiana puesto que si bien se prohíbe que solo los embriones no enfermos sean implantados, existe otra normativa legal que autoriza el aborto de los fetos que se encuentran absolutamente en la misma situación de enfermedad⁸¹. Deja entrever la existencia de un “derecho a concebir un niño sano” y de un “derecho a la vida privada y familiar” en la que se entiende que evitar o menoscabar el deseo a obtener descendencia sana implica una intromisión desproporcionada en la vida privada y familiar⁸².

En el caso de países como Suecia y Dinamarca, siendo un poco más restrictiva la primera, se realiza una aceptación excepcional del DGP circunscribiéndola a circunstancias en que sean médicamente requeridas (riesgo de enfermedades genéticas o hereditarias graves) y con fines de diagnósticos o terapéuticos, y, en todo caso, sometidas

⁷⁹ Sentencia No. 54270/2010, de 28 de agosto de 2012, Caso de Costa y Pavan v. Italia segunda sección, Presidente de la sala: Dr. Françoise Tulkens. Tribunal Europeo de Derechos Humanos – TEDH.

⁸⁰ El asunto se refería a la negativa de acceso a una pareja -que previamente había abortado para evitar el nacimiento de un niño enfermo- a las técnicas de DGP, por cuanto no es posible según la normatividad italiana efectuar este tipo de procedimientos que permiten seleccionar embriones sanos para su transferencia. Por tal motivo acudieron al TEDH, por considerar vulnerados sus derechos a la vida privada y familiar.

⁸¹ Esta consideración la precisa la referida Sentencia en su apartado No. 64, señalando lo siguiente: “Force est de constater que le système législatif italien en la matière manque de cohérence. D’une part, il interdit l’implantation limitée aux seuls embryons non affectés par la maladie dont les requérants sont porteurs sains ; d’autre part, il autorise ceux-ci d’avorter un fœtus affecté par cette même pathologie (...)”

⁸² En términos exactos, señala el TEDH en la referida sentencia, en su apartado No. 65: “Les conséquences d’un tel système sur le droit au respect de la vie privée et familiale des requérants sont évidentes. Afin de protéger leur droit de mettre au monde un enfant qui ne soit pas affecté par la maladie dont ils sont porteurs sains, la seule possibilité dont ils bénéficient est celle d’entamer une grossesse par les voies naturelles et de procéder à des I.M.G. lorsqu’un examen prénatal devait montrer que le fœtus est malade. En l’occurrence, les requérants ont déjà procédé pour cette raison à une I.M.G. une fois, au courant du mois de février 2010”; y termina señalando en su apartado No. 70 dicha desproporción con el derecho a la vida privada y familiar “Compte tenu de l’incohérence du système législatif italien en matière de D.P.I. dans le sens décrit ci-dessus, la Cour estime que l’ingérence dans le droit des requérants au respect de leur vie privée et familiale a été disproportionnée. Ainsi, l’article 8 de la Convention a été enfreint en l’espèce”.

a una aprobación previa por parte del Consejo Directivo de Salud correspondiente al país a quien pertenezca. Prohíbe, a diferencia de lo que ocurre en España y Francia, de manera absoluta la posibilidad de aplicar el DGP en aquellos casos en que se busque seleccionar un embrión sano que además resulte histocompatible con un familiar vivo que padezca determinada enfermedad genética o hereditaria (Bebes medicamentos).

En países como Francia y España, la autorización del DGP se encuentra expresamente permitida, sin embargo, existen algunas diferencias entre ellas que repercuten en el tratamiento normativo de la misma. El ordenamiento jurídico francés conserva un enfoque más conservador respecto de la regulación jurídica que fija las directrices de utilización de esta técnica de diagnóstico, tiende a ser más específica y detallada, lo cual otorga menos margen de actuación a los profesionales de la medicina. En cualquier caso, en ambas legislaciones se exige la presencia de indicaciones médicas que posibiliten la práctica del DGP. Es decir, cuando de conformidad con las valoraciones efectuadas por parte del personal médico se llegue a la conclusión de la alta probabilidad de existencia de riesgos de anomalías genéticas o hereditarias que puedan afectar a la descendencia.

Por lo general, este tipo de enfermedades en principio deben ser graves e incurables de conformidad con los conocimientos científicos vigentes, tal como se exige en ambas legislaciones⁸³. En lo que concierne a la utilización del DGP para curar o tratar la enfermedad de un pariente vivo que padezca cualquier anomalía genética o hereditaria, el ordenamiento francés es un poco más restrictivo al respecto, y circunscribe dicha posibilidad únicamente en los casos en que se trate de un hermano que sufra una enfermedad de carácter grave. El ordenamiento español por su parte, se refiere de manera general a un tercero sin especificar el grado de vinculación o relación familiar que debe existir entre el embrión histocompatible y el beneficiario, lo que permite inferir que el receptor de la donación de tejidos por cuya selección de embrión se realiza puede ser cualquier persona, aunque consideramos que esta opción no se corresponde con la finalidad que busca el legislador para llevar a cabo el DGP.

Es de resaltar que el acceso a esta clase de técnicas de diagnóstico constituye otro de los aspectos que reflejan disparidades en la regulación jurídica de uno y otro Estado. El ordenamiento jurídico español se muestra ampliamente flexible en lo concerniente al acceso al DGP por parte de los usuarios, otorgándole cierta preponderancia a derechos, tales como la libertad de procreación, el libre desarrollo de la personalidad, la información genética y un dudoso derecho a la obtención de descendencia sana, que tal como hemos analizado, se han logrado escuchar algunas voces que parecen sugerir su existencia. En este sentido, permite que no solo las parejas vinculadas en matrimonio puedan acceder a este tipo de técnicas sino también aquellas que no lo estén: las mujeres solteras con independencia de su fertilidad (art. 6 Ley 14/2006). Por otra parte, en Francia la situación no resulta tan permisiva en términos generales como en España, pues el acceso al DGP se encuentra restringido a las parejas vivas que se encuentren en edad fértil y sean heterosexuales, quienes pueden estar casadas o no, exigiéndose para este último supuesto la acreditación de al menos dos años de convivencia (art. L. 2131-4; L. 2131-4-1; L.2141-2 CSP). Esta situación refleja el celo que ostenta el legislador francés

⁸³ En el Ordenamiento jurídico español, dicha exigencia se realiza en el artículo 12 de la ley 14/2006, de reproducción humana asistida. En el caso francés, en el artículo L. 2131-4-1 del Code de la santé publique, en redacción de la Ley No. 2011-814, de 7 de julio. Artículo 22.

respecto de la utilización abusiva de esta clase de técnicas, restringiéndola al máximo y en la medida de sus posibilidades.

En Alemania solo hasta el 2011 se autorizó el DGP, este tipo de prácticas se encontraban expresamente prohibidas por la ley de protección al embrión de 1990. Sin embargo, dicha autorización consagrada en el Bundestagsdrucksache No. 17/5441, no aplica para todos los casos, sino solo para aquellos en los que exista un riesgo considerable de padecer ciertas enfermedades graves o incurables y, como consecuencia, puedan originar su eventual transmisión, así mismo en los casos en que existan riesgos de abortos espontáneos o de nacimientos sin vida del feto. Adicionalmente, se exige para llevar a cabo dicha técnica de diagnóstico, al igual que sucede en el Reino Unido, la aprobación del Comité interdisciplinario correspondiente que finalmente es quien determinará la procedencia del DGP en los casos específicos. Dicho comité tendrá como elementos claves para la valoración de su procedencia: las condiciones específicas de la enfermedad genética o hereditaria y el criterio de la probabilidad de transmitir dicha patología. En atención a la fuerte negativa a la investigación con embriones que existe aún en la actualidad, se ordena que el embrión defectuoso se destruya una vez haya sido descartado para su transferencia al útero.

En otros países como Suiza, Lituania o Letonia, el DGP se encuentra expresamente prohibido por parte de la ley, rechazando cualquier tipo de posibilidad de análisis de las células embrionarias. Los argumentos que justifican este tipo de determinaciones tan radicales se fundamentan en la posibilidad de eventuales errores de diagnósticos “wrongful life” – “wrongful birth”, en los riesgos propios de las biopsias para acceder al diagnóstico que permitirá conocer el estado de salud del embrión y en la potencialidad eugenésica que reviste este tipo de técnicas. Por otra parte, el caso de Austria resulta significativo, pues aunque en la ley de reproducción asistida de este país no se efectúa mención expresa sobre el DGP, ni mucho menos determinaciones sobre su prohibición, no podría decirse que esta práctica se encuentra prohibida en determinado Estado, sin embargo, la opinión acerca de su realización resulta casi unánime y el rechazo a este tipo de prácticas es ampliamente consentido. Por consiguiente, los entendidos en la materia coinciden en interpretar que si bien dicha prohibición no resulta expresamente consagrada, sí se llega a tal conclusión de la interpretación de las demás disposiciones normativas.

En Estados Unidos, no existe un criterio uniforme respecto de la regulación normativa del DGP, no existe ley federal que regule este tipo de técnicas de diagnóstico. Por una parte, en Estados como Massachusetts y Michigan se autoriza su utilización solo para finalidades específicas, mientras que en otros como Florida, Minnesota y Pensilvania se encuentran expresamente prohibidos. De igual manera, existen Estados en los que nada se dice sobre la regulación del DGP, quedando un vacío normativo en lo referente a estos temas. En términos generales, este tipo de técnicas se permiten en EE.UU, e incluso se llevan a cabo contratos para la realización de dichas pruebas, en los que no resulta necesario que exista una finalidad médica para llevarla a cabo, tal como sucede con la elección de caracteres genéticos en el embrión o la elección de genes deletéreos.

En algunos otros países como China, India o Israel, la situación es más bien similar entre ellos; no existe normatividad legal que regule el DGP, pero su realización se lleva a cabo en la práctica en los tres países, con la diferencia específica en que con

respecto a este último, el DGP solo se autoriza para fines médicos, circunscribiéndolas a la existencia de enfermedades genéticas o hereditarias graves que pudieran ser transmitidas a la descendencia, con la excepción de los casos en que se permite la selección de sexo por razones sociales o de equilibrio familiar, pero en todo caso previa aceptación de la autoridad respectiva para el efecto.

En lo referente a China e India, el DGP se ha llevado a cabo en el primero de ellos como mecanismo para seleccionar el sexo con la finalidad de que la descendencia sostenga el linaje familiar en las futuras generaciones, lo cual ha causado grandes distorsiones demográficas. No obstante, también es utilizado para evitar la transferencia al útero de embriones con genes anómalos que generen descendencia enferma. En India, a pesar de la prohibición expresa que existe de seleccionar el sexo del feto, salvo los casos de enfermedad genética grave, el uso del DGP también se ha venido realizando sistemáticamente en la actualidad en dicho país, llevándose a cabo como consecuencia, la selección del sexo de los embriones aun en los casos en que no exista una finalidad médica para el efecto. Lo anterior, en razón a la posición marginal que ostenta el género femenino.

Finalmente y, sin el ánimo de ahondar de manera excesiva en el ámbito temático de las Técnicas de Reproducción Asistida, es importante destacar el tratamiento jurídico que la legislación colombiana le ha otorgado al DGP y cómo se lleva a cabo su práctica con relación al mismo. En este aspecto y en consonancia con lo anteriormente comentado, el ordenamiento colombiano adolece de una eficiente regulación de las TRA, y, como consecuencia, no presenta ninguna determinación legal que regule, así sea de manera superflua, el diagnóstico genético preimplantacional, solo haciendo una incentivada búsqueda podríamos encontrar algunas determinaciones reglamentarias que si bien no expresan de manera precisa esta técnica de diagnóstico, sí dejan abierta la posibilidad para la realización de técnicas de diagnósticos en general.

El artículo segundo del Decreto reglamentario 1546 de 1998, al definir las Unidades de Biomedicina Reproductiva, prevé la prestación de servicios quirúrgicos de diagnósticos y tratamiento en el marco de las técnicas de reproducción asistida. En este sentido el mencionado aparte señala lo siguiente:

“Unidades de Biomedicina Reproductiva: Son todas aquellas que prestan servicios de estudio, asistencia, tratamiento e investigación en salud reproductiva con especial énfasis en la infertilidad de la pareja, incluyendo actos quirúrgicos de diagnóstico y tratamiento con técnicas de reproducción asistida que contemplan la obtención de preembriones, que vayan en beneficio de la recuperación de la fertilidad tanto de la mujer como del varón, la obtención de material biológico con el mismo fin y la posibilidad del logro de un embarazo”

La práctica del DGP en Colombia se ha llevado a cabo como un servicio integrante de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, la ciencia ha venido marcando las directrices que se deben seguir en la utilización de este tipo de procedimientos, incluso los protocolos de la Organización Mundial de Salud -OMS- han figurado como guía en no pocas ocasiones para su realización. Son las reglas fijadas por la *lex artis* y las buenas prácticas médicas, las que de alguna u otra manera vienen a determinar un límite en la actuación del profesional médico, al margen de los límites que

en esta materia ha establecido expresamente el ordenamiento jurídico, como sucede con la prohibición de la manipulación genética en los casos no autorizados, la clonación, y la fecundación y tráfico de embriones humanos⁸⁴. A través de este mecanismo, en 1995 se logró en Colombia por primera vez el nacimiento de un varón libre del gen de la hemofilia⁸⁵, lo cual permitió abrir este tipo de diagnósticos no solo para la detección de otros tipos de enfermedades genéticas ligadas al cromosoma X, como la fibrosis quística, la retinitis pigmentaria y el síndrome de X frágil, sino también para la prevención de cualquier otra enfermedad genética o hereditaria.

Este estado de la cuestión plantea los mismos interrogantes anteriormente resaltados, los cuales merecen ser resueltos de manera urgente pues la autorización tácita que al parecer existe en el ordenamiento jurídico colombiano para la elaboración de este tipo de prácticas no lleva consigo la regulación de los mismos. Nada se dice en el ordenamiento jurídico respecto de la selección de embriones sanos, que como hicimos referencia en Italia plantea una problemática importante, la selección de sexo, la terapia génica tanto en la línea somática como germinal y la selección de embriones sanos que resulten histocompatibles. El resultado de este vacío normativo ha tenido que ser solventado sobre la marcha, en donde en algunas ocasiones los jueces apelando a la interpretación de principios constitucionales y libertades configurados dentro de la Carta Magna, han tratado de establecer algunos límites al respecto, dejando muchas dudas e imprecisiones, pues como sabemos la existencia de pronunciamientos contradictorios también se encuentra a la orden del día.

En la doctrina colombiana la presente situación tiene tanto de largo como de ancho, la manifestación de acuerdos y desacuerdos resulta significativa. Por una parte, existen algunos autores que sostienen que en los sistemas del “civil law”, el impedimento para la práctica de este tipo de técnicas sería una expresa prohibición legal o reglamentaria que obstaculice su realización, o que si bien no se busca prohibir dicha actividad, se restrinja, permitiendo la selección de embriones con la finalidad exclusiva de prevenir o tratar enfermedades de orden genético o hereditario, ubicando el principio constitucional de la dignidad humana como el instrumento que determinaría la balanza entre su utilización y su negativa⁸⁶. Por otro lado, existen autores que rechazan enfáticamente su aceptación por parte de una eventual ley de reproducción asistida, basando sus argumentos en la titularidad de derechos fundamentales que ostenta el embrión, por considerar que desde la existencia de fecundación se puede hablar de vida humana, lo que trae como consecuencia la imposibilidad jurídica de la procedencia del

⁸⁴ Efectuando un estudio más profundo respecto del alcance de estas normas jurídico-penales. Ver. ESCOBAR LOPEZ, Edgar, *Clonación y manipulación genética: aspectos jurídicos, legales y éticos*, Leyer, Bogotá, 2002, pp. 137-148.

⁸⁵ Se trataba de una pareja donde la mujer era portadora del gen anómalo de la hemofilia, y quienes con anterioridad habían experimentado el nacimiento de su primer hijo con la referenciada enfermedad, sufriendo las consecuencias permanentes de la misma. En el referido caso se fecundaron 13 óvulos de los cuales 11 fueron examinados, los resultados arrojados por el DGP evidenciaron que dos embriones no se encontraban afectados por el gen de la hemofilia, dos eran portadores y tres sufrían de la enfermedad. En los cuatro embriones restantes, no se pudo llevar a cabo un estudio confiable. A raíz de esta información se procedió a transferir al útero los dos embriones desprovistos de dicho gen deletéreo, lo cual tuvo como consecuencia final el nacimiento sano del bebé.

⁸⁶ GONZALES DE CANSINO EMILSEN, “Estudios sobre Genética y Derecho”, *Estudio de Antecedentes de Técnicas de Procreación Humana Asistida*, Comisión Séptima de la Cámara de Representantes del Congreso de la República del Estado Colombiano; actividad a cargo de Angélica Marín Valenzuela. 13 de mayo de 2004, pp. 87-88. Disponible en página web: <http://www.asamblea.go.cr/>. Última visita: 1 de agosto de 2016.

DGP ni aun en los casos en que se utilicen para fines terapéuticos, tales como la prevención o tratamiento de enfermedades de orden genético o hereditario⁸⁷.

La inexistencia de una norma legal que se deba apersonar de esta clase de situaciones genera una inseguridad jurídica manifiesta digna de resaltar en lo referente a todos estos asuntos, al igual que respecto de muchos otros relacionados con las TRA en las que el legislador tampoco se pronuncia haciéndose cada vez más evidente el vacío normativo existente en ese sentido. Lo que resulta incontestable es que este tipo de técnicas se han venido y se están actualmente realizando en el Estado colombiano, al igual que sucede con otros países como México y Venezuela, incluso ante la ausencia de regulación expresa que determine su realización, dejando que sea la ciencia y los avances tecnológicos los que determinen los pasos a seguir. Adicionalmente a lo anterior, se han convertido en el fenómeno tecnológico que mayores beneficios han traído consigo en el área de la biomedicina reproductiva, permitiendo combatir de manera eficaz los efectos nocivos de las enfermedades genéticas o hereditarias.

Atendiendo a la breve ilustración que hemos realizado en lo referente al marco jurídico de las TRA en algunos Estados, al igual que el del DGP, analizaremos de manera sucinta y con mayor precisión los supuestos que dentro de este ámbito específico se pueden manifestar como susceptibles de una eventual pretensión de responsabilidad “wrongful life” y “wrongful birth”.

En estos tipos de supuestos bases, la conducta por la que se reclama responsabilidad consiste en la ausencia de información -que tal como lo hemos analizado con anterioridad, se da en los casos en que según el ordenamiento jurídico de que se trate, estuviere clínicamente indicada la práctica de dicha técnica de diagnóstico-, o información errónea por parte del profesional médico o sanitario, en el que no se advierte de la presencia de determinadas anomalías cromosómicas o alteraciones genéticas o hereditarias que puedan existir en los pre-embriones o embriones *in vitro*, que aunque ya fecundados no han sido transferidos a la mujer. Es de recibo aclarar que dentro de este ámbito de actuación propio de las TRA, el diagnóstico preconceptivo también tiene un rol de gestión vital. Este garantiza que los materiales biológicos o reproductivos de los usuarios de estas técnicas, bien se trate de donantes o receptores, gocen de viabilidad reproductiva, exigencia que no solo se debe entender en términos de lograr la reproducción “per se”, sino también de que se trate de materiales reproductores sanos y ausentes de cualquier tipo de anomalías genéticas o hereditarias. Esta garantía solo se obtiene mediante la práctica de variadas pruebas médicas de orden preconceptivo a dicho material reproductor⁸⁸, es decir, este tipo de prácticas en el marco de las TRA resulta obligatorio y se enfoca únicamente en los gametos que hayan sido donados por determinadas personas y en el de los receptores que se sometan a este tipo de técnicas de reproducción asistida.

⁸⁷ ALVAREZ GOMEZ, Marco, “Avances Jurisprudenciales en las nuevas tipologías familiares en Colombia. Perspectiva judicial en torno a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida”, en línea, Universidad de Antioquia, Medellín. pp. 8-9. Disponible en página web: <http://derecho.udea.edu.co/descargas/Flia2/avancesJurisprudenciales.pdf>. Última visita: 1 de agosto de 2016.

⁸⁸ En la mayoría de los ordenamientos jurídicos se fija un mínimo de tiempo de 6 meses de criopreservación de los gametos antes de utilizarlos para un procedimiento concreto de procreación humana asistida. Lo anterior, para garantizar la práctica de pruebas preconceptivas al material reproductor.

La información referida a los diagnósticos genéticos preimplantatorios se enfoca de manera específica en el embrión *in vitro*, su denominación de preembrión o embrión la hemos utilizado de manera indistinta dentro del presente estudio, aunque existe alguna corriente ideológica que se empeña en calificar al preembrión como el cigoto durante los 14 primeros días desde su fecundación. De hecho, esta denominación ha sido aceptada parcialmente en el mundo científico⁸⁹. Las informaciones que se pueden arrojar como resultado de un DGP pueden ir desde descartar con total confiabilidad la existencia de enfermedades genéticas o hereditarias hasta confirmar con suficiente grado de seguridad dicha patología⁹⁰, sin embargo, no todas las anomalías embrionarias pueden ser detectadas por medio de estos diagnósticos, haciéndose necesario un seguimiento posterior de dicho embrión o feto a través del respectivo diagnóstico prenatal.

La ausencia de la realización del DGP cuando haya indicación médica, así como su uso negligente solo constituirán supuestos de hechos de una eventual responsabilidad civil “wrongful birth” y “wrongful life”, cuando estén expresamente permitidos, o como sucede en muchos países, sin estar regulados normativamente no se encuentran prohibidos por parte de la legislación correspondiente, permitiéndose su realización. Por tal motivo, es importante que al iniciar cualquier análisis al respecto se determine la autorización expresa o tácita de dicha técnica de diagnóstico y además las condiciones en que estas se permiten, puesto que a partir de ahí resulta idóneo analizar la existencia de negligencia en la conducta médica. Partiendo desde este punto de vista, la información y prestación de estos servicios médicos relativos a la realización del DGP puede constituir un deber de actuación por parte del profesional correspondiente, siempre y cuando y, según el ordenamiento jurídico que corresponda, se encuentre clínicamente indicada su realización. Estos son, pues, precisamente los casos tanto del ordenamiento jurídico colombiano como español. En algunos Estados de EE.UU, tal como ya hicimos referencia, además de lo anteriormente mencionado, solo bastaría con la mera solicitud de la prestación de dicho servicio para crear dicho deber de actuación, incluso sin necesidad de verificar las circunstancias que lo hagan clínicamente necesario.

Muchos autores parecen confundir de manera intencionada o inconsciente la existencia de los diagnósticos genéticos preimplantatorios con las alternativas que posteriormente estos servicios médicos permiten utilizar, lo cual es un error que no resulta de recibo máxime si es utilizado por muchos para negar la procedencia del mismo. Estos diagnósticos no son más que los análisis producto de pruebas médicas de orden genético que se le realizan a las células embrionarias y que son previamente extraídas del preembrión *in vitro* objeto de estudio. Lo anterior, con la finalidad de verificar su estado genético o cromosómico, y que con base en sus resultados se configura el estudio de variadas alternativas -que valga destacar no hacen parte *stricto sensu* del DGP- que pueden ir desde transferir al útero el preembrión *in vitro* analizado hasta llevar a cabo la realización de terapias génicas que busquen erradicar los genes anómalos del embrión.

Para la prestación de este tipo de diagnósticos se hace necesaria la práctica de algunas técnicas –que revisten cierto margen de riesgo de menoscabar al embrión- que permiten conocer el estado de los cromosomas o de los genes presentes en los

⁸⁹ Esta concepción científica ha sido acogida de manera satisfactoria por algunos Consejos Nacionales de Investigación Médica; tal es el caso de Dinamarca, Finlandia, Alemania, Suecia, Italia, Austria, Bélgica, España, entre algunos otros.

⁹⁰ Naturalmente, se debe tener en cuenta que dichos resultados se arrojan en términos de probabilidades y no en términos de certezas absolutas.

preembriones *in vitro*, a efectos de brindar una información relevante. Algunos de ellos son: la biopsia de los blastómeros; la biopsia del cuerpo polar y la biopsia de los trofoblastos. Por lo general, este tipo de procedimientos son realizados en el preembrion ya fecundado pero no transferido a la mujer o, en caso contrario, accediendo al embrión por lavado uterino⁹¹; procedimiento este último, por demás criticado por la posibilidad de constituir un aborto⁹².

Los objetivos primordiales que tienen este tipo de técnicas inherentes a la tecnología reproductiva en nuestro ordenamiento jurídico, así como en el del Estado español son: por un lado, extinguir de manera definitiva las patologías o enfermedades de orden genético o hereditario, evitando su reproducción a través de la transmisión generacional y, por otra parte, obtener como resultados embarazos sanos ausentes de defectos o anomalías de cualquier índole.

Cabe destacar, que estos casos a los que aquí hemos hecho referencia se van a referir únicamente a los supuestos en los que el profesional de la salud simplemente omite o erróneamente profiere una información que, en definitiva, no advierte de los defectos genéticos o hereditarios existentes en el preembrion *in vitro* ya fecundado, y no en aquellos casos que aunque también se manifiestan dentro del contexto de las Técnicas de Reproducción Asistida, la conducta que origina dicha pretensión de responsabilidad no es la información errada producto de un diagnóstico fallido, sino la causación directa de su actuación. Estos casos, aunque de común ocurrencia, no cumplen con las características propias de las acciones “wrongful birth” y “wrongful life”, toda vez que el daño es directamente ocasionado por la conducta del responsable.

Como ejemplo de alguno de ellos, podemos encontrar algunos casos de inseminación artificial. En estos casos, cuando el mal desempeño médico del profesional tratante es generado a causa del deficiente control del material genético no ya por la falta o errónea información respecto el estado del mismo, sino por cualquier otra actividad que no provenga directamente del error o la falta de diagnóstico preconceptivo, es cuando podríamos hablar de que se está produciendo de manera directa un nacimiento con defectos y malformaciones congénitas por la cual se reclama una indemnización. Este tipo de supuestos, se encuentran al margen de las características de las reclamaciones “wrongful birth” y “wrongful life”, y son más propias de las acciones de causación directa del daño.

2.2.3.1.3 Los supuestos dentro del marco de la prestación de los diagnósticos prenatales

Los diagnósticos prenatales se llevan a cabo una vez se ha producido la concepción o fecundación del embrión, sea esta de manera natural o artificial a través de las Técnicas de Reproducción Asistida. Se refieren concretamente a todas aquellas actividades, pruebas o intervenciones médicas que tengan como finalidad primordial obtener un diagnóstico específico respecto del estado de salud de un embrión o feto. Por

⁹¹ En este mismo sentido. EMALDI CIRION, Aitziber, op. cit, p. 95; Health Council of the Netherlands, Committee on in vitro fertilization, 1998, p. 18 y ss.

⁹² BERROCAL LANZAROT, Ana, “De nuevo sobre la reproducción humana asistida en España. Análisis jurídico-sanitario de la Ley 14/2006, de 26 de mayo (2da parte). More on assisted human analysis of law 14/2006, may 26”, *Revista de la Escuela de medicina legal – Universidad Complutense de Madrid*, Madrid, 2009, p.25; EMALDI CIRION, Aitziber, op. cit. pp. 95-96.

lo general, este tipo específico de diagnóstico constituye la manera más habitual de acceder a la información sobre el estado de salud del embrión o feto, permitiendo detectar la existencia de anomalías de carácter genético o congénitos.

La Organización Mundial de la Salud – OMS definió el diagnóstico prenatal como “todas aquellas acciones prenatales que tengan por objeto el diagnóstico de un defecto congénito, entendiendo por tal toda anomalía del desarrollo morfológico, estructural, funcional o molecular presente al nacer (aunque puede manifestarse más tarde), externa o interna, familiar o esporádica, hereditaria o no, única o múltiple”⁹³.

La utilización de estos procedimientos se encuentra generalmente aceptada en la mayoría de los ordenamientos jurídicos nacionales y en los distintos textos de orden internacional. No obstante, no es usual encontrar su regulación en una ley específica para el efecto, sino que por lo general la determinación legal de estas se llevan a cabo en regulaciones normativas generales que se ocupen de diversos aspectos. Esto no quiere decir que no hayan normas legales que se refieran de manera específica sobre estos asuntos, de hecho, existen algunos países que crean una ley con la finalidad exclusiva de regular el diagnóstico prenatal y fijar con precisión y detalle las condiciones para su procedencia. Ello, en cierta medida ha venido a contribuir a que la regulación sobre esta materia, al igual que en los diagnósticos preimplantatorios, sea objeto de regulación dispar en diversos países. En algunos Estados como Francia⁹⁴, Alemania e Italia la procedencia del referido diagnóstico se circunscribe a la existencia de circunstancias específicas que autoricen su realización. Por su parte, en otros Estados, dichos requisitos se encuentran consagrados en una ley específica para el efecto, como es el caso de la India. A su vez, en otros países como sucede con el caso español, EE.UU, e incluso Colombia, los requisitos para acceder a dichas técnicas de diagnósticos no resultan tan específicos ni restrictivos, es decir existe mayor grado de libertad para acceder a este tipo de diagnósticos.

En la india en 1994 se creó una ley (aún vigente) que prohíbe informar a las parejas respecto del sexo del feto en razón a las distorsiones demográficas tan severas que se presentan en aquel país respecto al sexo femenino (Ley No. 57). Establece la existencia de una lista de las anormalidades que deben ser detectadas a través del procedimiento del diagnóstico prenatal y prohibiendo su uso para los demás casos. A saber: i) defectos y alteraciones cromosómicas. ii) enfermedades genéticas metabólicas. iii). hemoglobinopatías. iv) enfermedades genéticas ligadas al sexo. v) anomalías congénitas. vi) cualquier otra anormalidad o enfermedad que pueda determinar el Consejo Supervisor Central. De igual

⁹³ CARRERA, José, *Diagnóstico prenatal*, Salvat, Barcelona, 1987, p.5; MACÍA MORILLO, Andrea, op.cit. p. 73; EMALDI CIRION, Aitziber, op.cit. p. 118.

⁹⁴ En el Artículo L. 2131-1 del Code de la santé publique, en redacción de la reciente ley No. 2011-814 relativa a la bioética, de 7 de julio. Artículo 20. En el párrafo 2 del apartado tercero se señala la necesidad de existencia de riesgo comprobado para acceder al diagnóstico prenatal. En este sentido menciona lo siguiente: “En cas de risque avéré, la femme enceinte et, si elle le souhaite, l'autre membre du couple sont pris en charge par un médecin et, le cas échéant ou à sa demande, orientés vers un centre pluridisciplinaire de diagnostic prénatal. Ils reçoivent, sauf opposition de leur part, des informations sur les caractéristiques de l'affection suspectée, les moyens de la détecter et les possibilités de prévention, de soin ou de prise en charge adaptée du fœtus ou de l'enfant né. Une liste des associations spécialisées et agréées dans l'accompagnement des patients atteints de l'affection suspectée et de leur famille leur est proposée”.

manera, también ordena que la persona cualificada para llevar a cabo dicha técnica de diagnóstico garantice el cumplimiento de al menos una de las siguientes condiciones: i) que la edad de la mujer embarazada sea superior a los treinta y cinco años. ii) que la mujer embarazada haya sufrido dos o más abortos espontáneos. iii) que La mujer embarazada haya estado expuesta a agentes potencialmente teratogénicos tales como drogas, radiaciones, infecciones o agentes químicos. iv) que la mujer embarazada tenga un historial familiar de retrasos mentales o deformidades físicas tales como espasticidad o cualquier otra enfermedad genética. v) cualquier otra condición que pueda establecer el Consejo Supervisor Central⁹⁵.

En lo que concierne a España y Colombia, la situación resulta ampliamente diferente, y la procedencia del diagnóstico prenatal no es objeto de intervenciones estrictas por parte de la normatividad legal. El profesional médico o sanitario de conformidad con las valoraciones que efectué verificará la necesidad de proceder a la aplicación de este tipo de técnicas en proporción al grado de probabilidad de anomalías congénitas o genéticas que pueda padecer el feto. Las indicaciones médicas constituyen el punto de partida con base en el cual el profesional de la salud deberá acudir para tomar una decisión respecto de la aplicación de las técnicas de diagnóstico prenatal, valorando a su vez, el carácter invasivo o no invasivo que las mismas pueden ostentar, teniendo en cuenta que, en principio, la utilización de técnicas invasivas requieren de una mayor justificación médica para su realización que aquellas no invasivas. Por consiguiente, es importante que se manifiesten algunos factores de riesgos que autoricen la aplicación de estas técnicas de diagnóstico cuando con las mismas sea posible descartar o confirmar la existencia de anomalías o defectos genéticos o congénitos.

Alguno de estos factores según las reglas propias del oficio médico se refieren a los siguientes: (i) la edad materna avanzada, que podría empezar a considerarse a partir de los 35 años de edad y que clínicamente se han relacionado determinadas enfermedades congénitas con dicho factor de riesgo⁹⁶. (ii) el nacimiento previo de un hijo con anomalías cromosómicas. (iii) padres portadores de anomalías cromosómicas. (iv) antecedentes familiares en los que se presente la existencia de enfermedades genéticas o hereditarias. (v) exposición a factores teratógenos, tales como los medicamentos farmacológicos, la existencia de enfermedades infecto-contagiosas, elementos de carácter radioactivos y productos tóxicos, como el alcohol, o las drogas. (vi) la existencia de abortos espontáneos con anterioridad. (vii) la existencia de enfermedad crónica por parte de la madre, por lo general, esta clase de circunstancias generan en gran parte de los casos la existencia de malformaciones en los fetos. (viii) aquellos casos en que sin existir ningún factor de riesgo *a priori*, el médico en la revisión rutinaria que realiza durante el embarazo detecta la probabilidad de existencia de ciertas anomalías o malformaciones en el feto.

⁹⁵ Artículo cuarto. Ley No. 57 de 1994, sobre Técnicas de Diagnóstico Prenatal (Regulación y prevención de su utilización abusiva), compuesta por 8 capítulos y 34 artículos que establecen las condiciones de realización del diagnóstico prenatal y demás normas conexas.

⁹⁶ Algunas de estas enfermedades son: el síndrome de Down, la trisomía 18 y la trisomía 13. De hecho, en algunos países la edad materna avanzada califica según la praxis médica como criterio suficiente y determinante para obligar a la realización de los diagnósticos prenatales. Tal es la situación del Reino Unido y Holanda. En el Reino Unido, específicamente, la técnica de la amniocentesis se aplica casi exclusivamente a las mujeres mayores de 35 años de edad y a las que manifiestan riesgo específico de obtener descendencia defectuosa.

El profesional de la medicina encargado de llevar a cabo la realización de los diagnósticos prenatales debe atender la existencia de, al menos, una de las anteriores indicaciones médicas o factores de riesgos que indiquen la probabilidad de malformaciones o defectos de orden genético o congénito en el feto, y actuar en consecuencia. Lo anterior, resulta necesario en razón a los riesgos –si estos se presentan– que de alguna u otra manera puede representar para el feto la práctica de dicha técnica, pues se trata en la mayoría de los casos de técnicas de carácter invasivo que no solo exponen la integridad física e incluso la vida de la mujer, sino también la del feto.

Las técnicas que se utilizan en el diagnóstico prenatal para obtener información relevante sobre cualquier anomalía congénita varían según la enfermedad o patología que se intente estudiar y según el estado biológico del *nasciturus*. Algunas de ellas son de carácter invasivo, las cuales por lo general resultan más eficaces pero riesgosas para la integridad física y la vida tanto de la madre como del feto, máxime si tenemos en cuenta que la gran mayoría de ellas resultan posibles cuando el feto adquiere cierto grado de formación dentro del útero. Ejemplo de ellas son: la prueba de la amniocentesis⁹⁷, la biopsia de vellosidades coriales⁹⁸, la fetoscopia⁹⁹ y el análisis de muestra de sangre fetal¹⁰⁰. Por otra parte, las técnicas no invasivas en principio no plantean ningún problema para su utilización rutinaria, utilizándose por lo general de manera regular en los distintos procesos de embarazos, sin embargo, dichas técnicas en muchos casos no resultan las más idóneas para determinar la existencia de anomalías congénitas o enfermedades genéticas específicas. Algunas de ellas son: la ecografía¹⁰¹, la radiografía¹⁰² y el análisis de muestra de sangre materna¹⁰³. De cualquier manera, a nuestra

⁹⁷ Se refiere específicamente a la extracción de líquido amniótico de la bolsa que protege al feto. La muestra de este líquido sirve para determinar anomalías bioquímicas presentes en el saco amniótico producto de la orina y demás desechos del feto; también son efectivas para determinar alguna anomalía cromosómica. El problema que plantea este tipo de pruebas es que solo resulta aplicable a partir de la décimo sexta semana de gestación, tiempo en que por lo general en muchas legislaciones ha transcurrido el plazo efectivo para ejercer de manera libre la facultad de interrumpir el embarazo.

⁹⁸ Se trata de la extracción intra vaginal de vellosidades del corion, es decir, la recopilación de las vellosidades de la capa externa que envuelve al embrión. A través de ellas se puede acceder a estudios de ADN del feto. El acceso a esta técnica se presenta entre la semana 8 y 10 de gestación.

⁹⁹ Es una técnica de visualización específica y directa del feto e incluso a partir de ella se puede proceder a la realización de cirugías prenatales y para el acceso a exámenes de biopsia. El periodo aproximado de su realización varía entre la semana 17 y 21 de embarazo, lo cual supone un grado importante de formación del feto, haciendo de esta una técnica más riesgosa que las anteriores.

¹⁰⁰ Análisis de muestra de sangre del feto para determinar patologías específicas relacionadas con la sangre tales como la hemofilia, hemoglobinopatías y anemias fetales. Sin embargo, se trata de un procedimiento complejo que debe ser realizado con alto grado de pericia y, también al igual que la fetoscopia, se utiliza a título subsidiario. El periodo para la realización de este tipo de pruebas oscila entre la semana 18 en adelante.

¹⁰¹ Es una de las técnicas más habituales del diagnóstico prenatal y consiste en la visualización del feto a través de la utilización de ondas sónicas que chocan con el mismo y reflejan su imagen en monitores específicos para el efecto. Se aplican de manera rutinaria, por lo general, de dos a tres veces en los casos de embarazos normales, y de 5 a 6 veces en los casos en que el embarazo revista de cierto grado de riesgos de patologías, además detecta la mayoría de los defectos que tienen como característica gran expresividad estructural. El periodo de utilización de esta técnica es a partir de la semana 12 de embarazo.

¹⁰² Es una técnica de diagnóstico prenatal que consiste en la visualización del feto a través de la exposición del abdomen materno a una fuente de radiación para acceder a informaciones relativas a la posición fetal, existencia de embarazos múltiples, verificar la estructura ósea del feto, entre otras anomalías específicas que pueda presentar el mismo.

¹⁰³ Se trata de la extracción de sangre materna para el análisis de ciertas anomalías bioquímicas relacionadas con el feto; es posible que a través del análisis de sangre materna se arrojen indicadores del padecimiento de algunas enfermedades genéticas o de carácter congénito. En la actualidad y gracias a los avances de la ciencia, a través de esta técnica no invasiva en países como EE.UU., Australia y Austria se ha

consideración no es prudente realizar caprichosamente estas técnicas no invasivas de diagnóstico puesto que si bien el grado de riesgo que presentan para la vida e integridad física de la madre y el feto es relativamente bajo, existen estudios que sugieren la posibilidad de aumentos de riesgos de distintas patologías si estas prácticas tienen lugar de manera excesiva. Un claro ejemplo de ello, es el estudio realizado en Suecia que reflejó el aumento ligero de riesgo de padecimiento de tumores específicos neuroectodermales primitivos en los fetos a los que se les practiquen radiografías de aquellos a los que no, o el aumento de temperatura en los tejidos en los que se efectúa la ecografía o ultrasonido doppler a causa de la misma, algunos científicos consideran que puede ser posible la existencia de efectos nocivos¹⁰⁴.

Así las cosas, entendemos que no resultaría apropiado permitir en todos los casos y solo para satisfacer la curiosidad de los padres, la práctica de estas técnicas de diagnóstico. En atención a ello, lo jurídicamente correcto para estos ordenamientos jurídicos que no someten a restricciones específicas el diagnóstico prenatal, es no ofrecer de manera sistemática este tipo de servicios sino solo en aquellos eventos en donde según los postulados propios de la “lex artis ad hoc” resulte adecuado.

Una vez efectuadas las anteriores precisiones, resulta fundamental señalar algunos de los supuestos que se pueden manifestar en el marco de la prestación de estas técnicas de diagnóstico. La pretensión de responsabilidad “wrongful birth” y “wrongful life” puede tener cabida a partir de dos supuestos concretos: (i) la ausencia de prestación del servicio de diagnóstico prenatal en los casos en que existan los factores de riesgo o indicaciones médicas que sugieran su realización. Vale resaltar, que dentro de este tipo de supuestos se destaca una gran gama de circunstancias adicionales que también pueden dar cuenta de una eventual acción de responsabilidad¹⁰⁵. (ii) la prestación errónea de dicho servicio de diagnóstico¹⁰⁶, de tal manera que exista un asincronismo entre el estado de salud real del feto o *nasciturus* y el informado, creando una representación alterna de la realidad en la conciencia de los padres. El mencionado asincronismo se establece con la eliminación de la posibilidad de que el feto sufra anomalías congénitas evitando que los padres en tal caso pudieran ejercer de manera positiva la facultad para interrumpir el embarazo –en los ordenamientos en que esto se autoriza- y provocando como consecuencia el nacimiento del niño con defectos congénitos. Estos errores no solo se manifiestan por la mala utilización de los equipos que llevan a cabo las distintas pruebas

permitido detectar malformaciones congénitas como el síndrome de Down. En países como España a mediados del 2013 se ha venido permitido su implantación pero en laboratorios privados en atención a su elevado coste.

¹⁰⁴ De ahí que el Colegio Estadounidense de Obstetricia y Ginecología recomiende que las mujeres que presenten fiebre durante los tres primeros meses del proceso de embarazo aplacen la realización de ecografías hasta que la fiebre baje o desaparezca.

¹⁰⁵ En este tipo de supuestos la acción de responsabilidad también puede derivarse a causa de la ausencia de información por parte del profesional médico en cuanto a la existencia de determinadas pruebas prenatales para descartar o confirmar cualquier clase de riesgo presente; así como la información tardía que suministre el profesional o médico tratante respecto de determinada anomalía congénita que padezca el feto o *nasciturus*. De igual manera, puede encerrar supuestos en los que el profesional tratante haya evaluado de manera deficiente el riesgo de anomalías en el feto y haya optado por la no realización del diagnóstico prenatal; también cuando de un examen inicial no invasivo, como la ecografía, se haya descartado indebidamente la probabilidad de manifestación de una anomalía concreta y haya renunciado a un seguimiento exhaustivo de una eventual anomalía que se traduciría en la práctica de una prueba más específica como la amniocentesis o una biopsia de vellosidades coriales, dependiendo las circunstancias concretas del caso.

¹⁰⁶ Véase la Sentencia. Cour de Cassation civile de 26 de marzo de 1996, *Dalloz*, 1997, 35.

diagnósticas sino también por la errónea interpretación o valoración de los resultados que los mismos arrojan, así como por cualquier error o negligencia en la información suministrada del respectivo diagnóstico, bien porque se haya informado de un diagnóstico que no era el que le correspondía al paciente, bien porque los resultados recogidos no se correspondan con los arrojados en realidad por la prueba prenatal. No obstante, esta clase de situaciones las analizaremos con mayor detenimiento en el capítulo siguiente.

2.2.3.1.4 Los supuestos dentro del marco de la prestación de diagnósticos indirectos

En este acápite queremos destacar algunos supuestos que también han sido relacionados muchas veces con las reclamaciones que nos ocupan. En realidad es posible señalar que este tipo de supuestos es más propio de la creación doctrinal que jurisprudencial, sin embargo, consideramos prudente referirnos a ellos para ilustrar en mayor medida un estudio a este respecto. Las pretensiones de responsabilidad patrimonial que se pueden identificar a partir de estos supuestos no se relacionan con la existencia previa de una consulta médica de salud reproductiva, sino que por el contrario, se originan en virtud de la prestación de un servicio médico que resulta ajeno a un diagnóstico preconceptivo o a un servicio relacionado con la capacidad reproductiva del paciente.

Existen dos supuestos generales a partir de los cuales se origina un cúmulo de circunstancias de modo, tiempo y lugar que revisten características similares, teniendo como denominador común la privación de información relacionada con la salud reproductiva en aquellos supuestos en que el motivo de la consulta médica no se relacionaba con aquella.

El primero de ellos se manifiesta en el contexto de una prestación médica específica previamente solicitada por parte del paciente en razón al deseo de tratarse cualquier tipo de afectación padecida. Bajo estas circunstancias, se presenta, por tanto, una privación de la información respecto de los efectos que en el “concepturi” puede generar la existencia de patologías o anomalías genéticas o hereditarias constatadas en el paciente. Es decir, en el marco de cualquier prestación médico-hospitalaria se descubren anomalías o lesiones que posiblemente puedan afectar a la descendencia futura del paciente, sin que tales efectos hayan sido puestos de manifiesto a estos.

El segundo de los supuestos que hemos querido resaltar, se refiere a aquellos casos en que no se priva exactamente de la información referida a los efectos que genera en el *concepturi* la existencia de anomalías genéticas o hereditarias que se han descubierto, pues no se tiene suficiente seguridad respecto de tal afectación. Aquí, la negligencia se proclama de la falta de información relativa a la conveniencia de practicarse un diagnóstico preconceptivo específico, o de no recomendar la consulta de un médico especialista que pueda brindarle un consejo genético eficaz para confirmar o descartar los riesgos que en virtud de la consulta inicial el médico presume pueden existir.

En este tipo de supuestos, al igual que en el primero que aquí hemos citado, la consulta se dirige a otros tipos de servicio que en nada tienen que ver con la procreación futura del paciente. A pesar de ello, en virtud de las pruebas médicas que para el efecto

se realizan, se adquieren conocimientos e informaciones que pueden resultar relevantes para el paciente. Esta es la nota distintiva de este tipo de supuestos, pues la ausencia de información no se produce dentro del marco de una consulta relacionada con la misma, sino que esta se da en el marco de una consulta que en principio no tiene relación alguna con la salud reproductiva. En este sentido, surgen variados interrogantes que son de gran relevancia: ¿hasta qué punto el profesional de la salud debe informar en virtud de una prestación médica específica? ¿El deber de información que tiene a su cargo se reduce a los aspectos especialmente concretos de la consulta o también supone informar sobre aspectos específicos ajenos a la consulta? ¿está plenamente consolidado el ámbito de actuación del deber de información? ¿es posible que la falta de información no relativa a la consulta por la que se acudió inicialmente determine un daño a la libertad de autodeterminación? Estos y muchos interrogantes más existen a la hora de plantearse una eventual responsabilidad civil “wrongful birth” y “wrongful life” en virtud de un diagnóstico indirecto.

Este tipo de supuestos es más probable que se presenten antes de que tenga lugar la concepción o fecundación de un embrión pues una vez esto haya sucedido muy difícilmente las consultas médicas o sanitarias no tendrán en cuenta el estado de salud aquel¹⁰⁷. Ello, por tanto, automáticamente reduciría la mayoría de las consultas del paciente, en este caso la mujer embarazada, a la atención médica conjunta tanto de esta como del feto, desvirtuando así las características propias del diagnóstico indirecto. Por consiguiente, al referirnos a lo largo de este trabajo a estos tipos de supuestos, partiremos de la base de que estos se llevan a cabo antes de que haya tenido lugar la fecundación del embrión.

3. REGÍMENES DE RESPONSABILIDAD EN COLOMBIA Y ESPAÑA. CONSIDERACIÓN ESPECIAL DE ESTAS PRETENSIONES DE RESPONSABILIDAD EN EL DERECHO PÚBLICO

La responsabilidad civil es una institución jurídica de tinte eminentemente judicial, en tanto en cuanto la creación real de un régimen de responsabilidad muchas veces es tarea de la jurisprudencia, quienes se han encargado de actualizar los preceptos normativos a las circunstancias actuales. Sin embargo, esta tarea es mucho más complicada en aquellos ordenamientos jurídicos que consagran un sistema legal de responsabilidad estricto, pues el margen de actuación del juzgador resulta limitativo. Por tal motivo, resulta mucho más acorde a la naturaleza de la institución jurídica de la responsabilidad civil la creación de sistemas legales de responsabilidad que instauren cláusulas abiertas, es decir, preceptos normativos que otorgan un margen considerable de actuación al juzgador; ello es así, gracias a la naturaleza propia del Derecho de daños, de constante mutabilidad, hasta el punto de que es al juzgador al que en muchas ocasiones le corresponde, de conformidad con los criterios de relevancia dañosa y los preceptos constitucionales en que se fundamenta todo ordenamiento jurídico, acuñar la calificación

¹⁰⁷ Sin embargo, podríamos encontrar casos excepcionales en donde se podría plantear un supuesto de diagnóstico indirecto en fase prenatal. Se trata de aquellos eventos en donde al realizarse la prestación médica se parte de la consideración de que el paciente ya no puede tener hijos, pues se ha llevado a cabo un proceso previo de esterilización. En estos casos, es posible que el médico al desconocer el embarazo de la madre, cuyo feto ostenta algún tipo de malformaciones, no informe al paciente sobre tal situación, impidiendo a su vez que esta pueda interrumpir voluntariamente el embarazo. Esto fue precisamente lo que sucedió en este caso, aun cuando se clasificó el mismo como un supuesto de “wrongful conception”. *Groom v Selby* (2001) *EWCA Civ* 1522.

de resarcible o antijurídico que debe ostentar todo detrimento a efectos de ser reparado judicialmente.

Así las cosas, ha sido la propia jurisprudencia la que ha tenido que enfrentar un sinnúmero de asuntos que resultan imposible de prever por parte de la normatividad legal, ampliando tanto cualitativa como cuantitativamente el concepto jurídico indeterminado: daño antijurídico. Pretender configurar un régimen de responsabilidad civil estático y ajeno a los distintos cambios sociales, tecnológicos y científicos, se traduciría en el menoscabo y desconocimiento de la función primordial de la referida institución: su función restaurativa. No obstante, el fundamento normativo y legal de la responsabilidad civil es primordial para la edificación de un sistema integral y general a partir del cual la jurisprudencia pueda desarrollar su contenido, siempre de conformidad con los postulados normativos allí consignados. La regulación legal a este respecto con probabilidad determinará el desarrollo de la jurisprudencia, de suerte que en los ordenamientos en los que el sistema legal de responsabilidad civil no goza de la suficiente amplitud como sucede en Alemania, el papel del juzgador se encontrará con un margen de actuación bastante menor que el que pueda tener en un sistema legal de clausula abierta como es el caso de Colombia, España y Francia.

La regulación normativa de la responsabilidad civil o patrimonial en nuestro ordenamiento jurídico difiere, como es natural, según el ámbito en el que esta se desenvuelva. Así, en lo que respecta al ámbito privado, la responsabilidad civil se divide en responsabilidad contractual y extracontractual. Fijando para los primeros un cúmulo de normas que la regulan, aun cuando podría aseverarse que esta se edifica a partir de los artículos 1602, 1603 y 1604 del Código Civil Colombiano – C.C. Por su parte, en lo que respecta a la responsabilidad civil extracontractual, es necesario destacar los artículos 2341 y subsiguientes del C.C., los cuales, valga decir, durante gran parte del tiempo también constituyeron el fundamento primordial de la responsabilidad extracontractual del Estado. De otro lado, en lo que se refiere a la responsabilidad civil del Estado, es necesario destacar que el fundamento normativo de esta se encuentra cimentado a título general en el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia, en tanto que establece a partir de sus postulados un régimen general de responsabilidad patrimonial del Estado que comprende no solo la responsabilidad extracontractual de este sino también su responsabilidad contractual¹⁰⁸. Más concretamente, la responsabilidad contractual del Estado se configura a partir del artículo 50 de la Ley 80 de 1993, Modificada por Ley 1150 de 2007, en la que señala: “Las entidades (estatales) responderán por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que les sean imputables y que causen perjuicios a sus contratistas. En tales casos deberán indemnizar la disminución patrimonial que se ocasione, la prolongación de la misma y la ganancia, beneficio o provecho dejados de percibir por el contratista”.

Sin perjuicio de lo anteriormente señalado, la responsabilidad extracontractual del Estado se desarrolla a partir de los artículos 138 y 140 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo – CPACA, en donde se vincula la responsabilidad del Estado a causa de los daños ocasionados a cualquier particular en virtud de un hecho, una omisión, una operación administrativa, o de la ocupación temporal o permanente de un inmueble en ocasión a la realización de trabajos públicos o por cualquier otra causa que resulten imputables bien a una entidad pública bien a un

¹⁰⁸ Pronunciándose en los mismos términos. Ver. Corte Constitucional, Sentencia C-333/1996, de 1 de agosto de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

“particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma”. De igual manera, es importante resaltar los artículos 65 a 74 de la Ley 270 de 1996, en tanto en cuanto crean un régimen específico de responsabilidad del Estado a causa de los daños antijurídicos imputables a las acciones u omisiones de los agentes judiciales, en donde definen las conductas enjuiciadas a título enunciativo: el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, el error jurisdiccional y la privación injusta de la libertad. No obstante la existencia de estos concretos preceptos normativos, ha sido la jurisprudencia contencioso-administrativa quien se ha encargado de consolidar un régimen de responsabilidad extracontractual del Estado, fundamentado en un sistema de imputación poligenético en donde el título de imputación “culpa” goza de cierta relevancia respecto del resto de factores de imputación (riesgo excepcional, daño especial) en el referenciado sistema. A mi modo de ver, el enfoque que le ha venido dando la jurisprudencia contencioso-administrativa a este asunto no ha sido el más idóneo y práctico. La jurisprudencia administrativa ha creado innecesariamente, a mi consideración, nuevos títulos de imputación, así: la falla probada del servicio, la falla presunta del servicio, la falla anónima del servicio, e incluso la falla relativa del servicio. Sin embargo, estos supuestos títulos de imputación de creación eminentemente judicial no son más que diversas modalidades de la culpa, el factor de imputación que realmente se evidencia en esta clase de supuestos. En consecuencia, y a efectos metodológicos, cuando hagamos referencia a algunas de las distintas modalidades de fallas del servicio tal como las denomina el Consejo de Estado, debemos entender que necesariamente nos encontramos hablando de culpa¹⁰⁹.

De otra parte, el ordenamiento jurídico español también goza de una regulación diferenciada en lo que se refiere al ámbito privado y al ámbito público. El artículo 1101, 1902 y 1903 del Código Civil Español – C.C.E., regulan en términos generales la responsabilidad civil de los particulares, diferenciando la responsabilidad que deriva del incumplimiento de una obligación antecedente entre las partes (responsabilidad contractual) como sucede con el precepto consagrado en el artículo 1101; de la responsabilidad civil que deriva de la imputación de un daño resarcible como consecuencia de la conducta de un particular, en total ausencia de obligación contractual preexistente entre la víctima y el agente dañoso (responsabilidad extracontractual), como sucede con los artículos 1902 y 1903.

En el ámbito público, la Constitución Española en su artículo 106.2 consagra al parecer un régimen objetivo de responsabilidad de las Administraciones Públicas: “Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”. Régimen que viene a confirmarse por el artículo 139.1 de la Ley 30 de 1992, modificada por ley 4 de 1999 - Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común – LRJPAC., (artículo 32, Ley 40 de 2015, de Régimen Jurídico del Sector Público) cuya clausula general dispone concretamente que los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. La jurisprudencia administrativa, por su

¹⁰⁹ Sobre esta misma cuestión. Ver. YEPEZ RESTREPO, Sergio, *La responsabilidad civil médica*, op.cit. p. 79. Pronunciándose en los mismos términos, destacando una identidad entre el concepto de culpa civil y la falla del servicio. Ver. TAMAYO JARAMILLO, Javier, op.cit. p. 216.

parte, ha sido reiterativa en la calificación de un sistema de responsabilidad objetiva de las Administraciones públicas, en la cual la culpa no tiene cabida pues el deber de diligencia en este tipo de supuestos no cobra ningún tipo de trascendencia¹¹⁰. A pesar de ello, es indudable que este sistema de responsabilidad objetiva de las Administraciones Públicas que tanto ha defendido formalmente el Tribunal Supremo, en términos prácticos, carece de gran correspondencia con la realidad. Dicho de otro modo, se han visto un sinnúmero de decisiones judiciales en las que la alta corporación ha acudido a argumentos propios de la responsabilidad objetiva para disfrazar soluciones que encuentran un fundamento directo en la culpa. Sin embargo, existen determinados ámbitos en donde tal actuar resulta cuanto menos complicado, por lo que el Tribunal Supremo ha empezado a matizar su defensa a ultranza de un régimen objetivo de responsabilidad de las Administraciones públicas en absolutamente todos los casos. Así, en ámbitos específicos como el de la responsabilidad médico-hospitalaria, se han empezado a proferir pronunciamientos del Tribunal Supremo, en donde a través de criterios de excepción se ha admitido más claramente que en este tipo de supuestos no se predica un sistema de responsabilidad objetiva¹¹¹. Por otro lado, también resulta fundamental destacar el Real decreto 3 de 2011, por el cual se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público; régimen normativo que consagra una serie de articulados que destacan de manera específica la responsabilidad contractual bien sea de las administraciones del Estado, bien de sus contratistas directamente. Así, es de destacar los artículos 214, 216 y 285 de dicho estatuto normativo, entre algunos otros.

Es importante manifestar que en el presente trabajo hemos estado refiriéndonos indistintamente al concepto de “responsabilidad civil”, “responsabilidad patrimonial”, “responsabilidad resarcitoria” o “Derecho de daños” a diferencia de cómo se ha venido haciendo en la doctrina y en la jurisprudencia española, que a su vez, también ha provocado la referida distinción nominal en la normativa legal y, que sin lugar a dudas, cierta influencia ha permeado en la práctica normativa y judicial colombiana. Pues bien, el adjetivo civil no es más que una referencia a la responsabilidad resarcitoria para diferenciarla de la responsabilidad represiva en la que el Estado haciendo uso de su “Ius Puniendi” sanciona o castiga la conducta deslegitimadora imputable al agente infractor con la finalidad de reprender la misma, así como de prevenir futuras conductas o acciones análogas. Por tanto, es forzoso concluir que tan civil puede llegar a ser la responsabilidad de los particulares como la responsabilidad del Estado o de las Administraciones públicas si hablamos del ordenamiento jurídico español.

La anterior precisión cobra gran importancia puesto que la referencia existente en

¹¹⁰ En el mismo sentido se ha propugnado, en términos generales, la doctrina iuspublicista. Tanto es así, que no son pocos los pronunciamientos en la doctrina española que tachan de inconstitucional el apartado I del artículo 141 de la ley 30 de 1992, en redacción dada por la ley 4 de 1999 (artículo 34 de Ley 40 de 2015 de Régimen Jurídico del Sector Público); en tanto que señala que “no serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubieren podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de la producción de aquellos (...)”. Sobre esta cuestión. Ver. JORDANO FRAGA, Jesús, “La reforma del artículo 141, apartado 1, de la ley 30/1992, de 26 de noviembre, o el inicio de la demolición del Sistema de Responsabilidad Objetiva de las Administraciones Públicas”, *Revista de Administración Pública*, No. 149, mayo-agosto, 1999, pp. 321-336.

¹¹¹ MEDINA ALCOZ, Luis, “La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Régimen General y Especialidades”, *Universidad de Castilla-la Mancha, Master en Derecho Sanitario y Bioética*, 9ª edición, 2013, p. 38; “Mitos y ficciones en la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. A propósito de la STS, Sala 3ª, de 27 de septiembre de 2011”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, Núm. 153, enero-marzo, 2012, pp. 166-168.

la normatividad legal española, específicamente en la relativa a la LRJPAC (Ley 39 de 2015, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas – Ley 40 de 2015, de Régimen Jurídico del Sector Público), así como en las demás normas especiales que se refieren a la responsabilidad de las Administraciones Públicas, describen dicha responsabilidad con el adjetivo “patrimonial”, como si el adjetivo “civil” estuviera prohibido o se encontrara exclusivamente reservado para la responsabilidad de los particulares¹¹². En cierto modo, esto refleja claramente la lucha por despojar a la jurisdicción civil del conocimiento de las cuestiones relativas y propias del Estado, rechazando la posibilidad de catalogar como civil una responsabilidad cuyo enjuiciamiento le ha sido arrebatado a la jurisdicción civil. Por este motivo, lo que antes se manifestaba con total naturalidad, me refiero concretamente a encontrar en la literatura jurídica expresiones como “La responsabilidad civil del Estado o de las Administraciones Públicas”, ahora constituye una expresión que resultaría totalmente equívoca pues, al parecer, el contexto lingüístico de dicha oración ha variado ostensiblemente, pero aun así, también podría conducir a confusiones de orden pragmático si se considera que el contexto lingüístico no se encuentra plenamente definido. Lo cierto es que este tipo de expresiones ya no suelen ser utilizadas por parte de los estudiosos en la materia, ni mucho menos por los Tribunales judiciales tanto colombianos como españoles, que califican de patrimonial la responsabilidad imputable al Estado o a las Administraciones Públicas, y de civil la relativa a los particulares. De cualquier manera cabe destacar que, si bien no se suele hacer referencia a la responsabilidad del Estado o de las Administraciones públicas utilizando el adjetivo “civil”, es claro que el mismo busca hacer referencia a la función resarcitoria, por lo que en este contexto dicho adjetivo no se identifica con la disciplina del derecho que regula la actuación de los particulares.

En lo que respecta a la influencia en el derecho público de las pretensiones de responsabilidad objeto de estudio en este trabajo, es necesario efectuar algunas consideraciones de interés, que resultan fundamentales para analizar que si bien este tipo de pretensiones de responsabilidad ostentan su origen en el ámbito privado, no es menos cierto que las mismas han tenido gran cabida y consolidación en el marco del ámbito público del derecho. Así las cosas, y tal como tendremos la oportunidad de analizar a continuación, más concretamente en España, la permeabilidad de estas pretensiones de responsabilidad en el ámbito público del derecho ha sido tan significativa, y ha permitido que sea precisamente la jurisprudencia contencioso administrativa la que también haya venido contribuyendo a la consolidación y el desarrollo de este tipo de acciones en el marco de los ordenamientos jurídicos. También ha sido fundamental determinar que así como estas acciones han tenido origen y cabida en el ámbito del derecho privado, toda vez que en virtud del principio de la justicia material y la reparación integral es necesario que aquellas actividades o conductas negligentes subyacentes a este tipo de pretensiones de responsabilidad no resulten exoneradas del deber de reparar los daños o perjuicios

¹¹² Tal situación se refleja también en la experiencia colombiana. Es de destacar incluso la redacción de algunas normas importantes en lo que respecta al Derecho de daños en nuestro país a efectos de corroborar tal tendencia. Un ejemplo de ello lo puede constituir la redacción del artículo 90 de la Constitución Política de Colombia. El cual reza: “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste”. Asimismo, en la redacción del inciso primero del artículo 65 de la ley 270 de 1996, que reza: “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de sus agentes judiciales”.

ocasionados a partir de las mismas, muy a pesar de los distintos obstáculos de carácter ético o metajurídicos que tal como se señalará le resultan intrínsecos; así mismo este tipo de actividades o conductas se pueden llevar a cabo en el ámbito público del derecho, razón por la cual no existiría un argumento lo suficientemente justificable para rechazar su aplicabilidad en este ámbito y concederlas en el privado.

A partir de esta situación, la jurisprudencia de los tribunales civiles ha venido teniendo gran influencia en la jurisprudencia contencioso administrativa, sin que por este hecho podamos afirmar que esta última no ha sido independiente respecto de las líneas argumentativas sostenidas por aquella. Muy por el contrario, si bien la jurisprudencia contencioso administrativa se apoyó en un primer momento en la jurisprudencia civil para darle aplicabilidad y entrada a este tipo de pretensiones de responsabilidad en el derecho público, no es menos cierto que a partir de entonces, la misma ha tratado de seguir una línea argumentativa independiente que en gran parte de los casos terminan siendo dispares, y dejando como consecuencia el proferimiento de fallos, algunos más garantistas que otros, a pesar de tratarse de similares supuestos; cuestión que no es extraña al Derecho de daños, si analizamos en términos generales que es bastante común encontrar importantes distinciones en los fallos proferidos por tribunales civiles y de lo contencioso administrativo, a pesar de tratarse de supuestos similares, cuestión que de hecho ha sido objeto de críticas por muchos estudiosos en la materia. Los casos más claros los podemos encontrar tanto en Francia como en España, en donde se logra observar cómo a pesar de que es la jurisprudencia civil quien introduce en sus respectivos ordenamientos jurídicos estos tipos de acciones; la jurisprudencia contencioso administrativa también ha hecho lo propio a partir de lo desarrollado por la jurisprudencia civil, y ha consolidado las mismas en el ámbito público del derecho. De igual manera, tal parece ser lo que ocurrirá en nuestro ordenamiento jurídico, en donde ya se han empezado a presentar las primeras demandas de responsabilidad sobre estos hechos ante los respectivos tribunales civiles, sin que hasta el momento haya habido ningún tipo de manifestación por parte de los tribunales contencioso administrativos. Probablemente estos empezaran a proferir este tipo de decisiones en la medida en que este tipo de pretensiones de responsabilidad se hayan introducido de manera más concreta en nuestro ordenamiento jurídico.

En suma, lo que sí resulta fundamental dejar en claro es que este tipo de pretensiones de responsabilidad han tenido gran importancia en el derecho público, y han contribuido al desarrollo del derecho de responsabilidad patrimonial del Estado, de manera tal que ha ampliado de alguna u otra forma su radio de acción a una serie de supuestos de hecho que resultan novedosos y que le permiten una evolución de orden tanto cualitativa como cuantitativa. Es decir, nos encontramos hablando de una rama del derecho, que no resulta estática sino dinámica, de suerte que el conjunto de cambios sociales, culturales, económicos o científicos propios de una sociedad no pueden resultar ajenos a la referida disciplina jurídica. Por tal motivo, lo que antes no tenía ningún tipo de incidencia en el Derecho de daños, en la actualidad, dada las condiciones y el contexto actual de la realidad, resulta cuanto menos importante para esta disciplina del derecho. Así pues, sin entrar a determinar la compatibilidad o no de este tipo de pretensiones de responsabilidad respecto del ordenamiento jurídico colombiano y español, cuestión que se abordará a lo largo de este estudio, sí que es posible señalar que ante la aplicación de las mismas en el derecho público, estas pretensiones de responsabilidad se han convertido en material doctrinal y teórico obligatorio del derecho de responsabilidad patrimonial del Estado, o del derecho de responsabilidad

extracontractual del Estado, como se le denomina en Colombia. Lo anterior, en tanto que las mismas han permeado en el Derecho de daños e incluso se han venido otorgando por parte de los tribunales judiciales una serie de indemnizaciones por su causa, cuestión que ha llevado a la necesidad de que la doctrina y los entendidos en la materia hayan tenido que empezar a desarrollar estudios acerca de estos supuestos de responsabilidad y de si resultaría acertado de conformidad con los principios y las normas jurídicas de cada Estado su aplicabilidad en los correspondientes ordenamientos jurídicos.

A continuación analizaremos de manera un poco más detenida cuál ha sido la experiencia tanto en países como España y Colombia respecto de la aplicación de este tipo de pretensiones de responsabilidad tanto en el ámbito privado como público de cada Estado, y cuál ha sido el tratamiento jurídico y jurisprudencial que se le ha imprimido a estas pretensiones ante la presentación de demandas solicitando la indemnización por los perjuicios ocasionados por esta causa.

3.1 España

La aparición de este tipo de demandas de responsabilidad en el tráfico jurídico español es quizás de las más tardías en comparación con las del resto de Estados que se han aventurado a su análisis. Es preciso incursionar hasta los años noventa para apreciar un pronunciamiento judicial a este respecto, en donde, las demandas “wrongful conception” son las que ocupan la atención tanto de la doctrina como de la jurisprudencia, sin que hasta entonces, se hubiera pretendido extender este tipo de reclamaciones de responsabilidad a otros supuestos, tal como venía sucediendo en el contexto internacional. La aceptación de las reclamaciones de responsabilidad “wrongful birth” y “wrongful life” surgen unos años más tarde configurándose una tendencia general, que en sus inicios parecía no demarcarse concretamente, la cual opta por la aceptación de las primeras y el rechazo de la segundas, teniendo en cuenta que la configuración de las partidas indemnizables ha supuesto un asunto del que ni siquiera en la actualidad hay total acuerdo, pues tal como hemos tenido la oportunidad de manifestar, existen distintas corrientes ideológicas a este respecto. Es importante dejar por sentado que a diferencia de otros países, en España el legislador no se ha pronunciado ni expresa ni tácitamente respecto de estas reclamaciones, generando como consecuencia que el tratamiento jurídico que se les imprima sea puramente jurisprudencial.

En lo que se refiere a las demandas de responsabilidad “wrongful conception”, es menester aseverar que estas ostentan un arraigo importante en el ordenamiento jurídico español. A pesar de la tardía aceptación de estas demandas en general, no se puede dejar de destacar la importancia que ha tenido para el desarrollo de las mismas el esfuerzo de la doctrina y, aunque en menor medida, de la jurisprudencia, por consolidar sus bases y hacerlas aún más compatibles con las normas jurídicas que regulan la responsabilidad civil en España.

La sentencia STS, del 25 de abril de 1994¹¹³ marca un hito dentro del Derecho de daños, en tanto que constituye el primer pronunciamiento estimatorio del Tribunal Supremo respecto de una demanda de responsabilidad civil relacionada con el nacimiento. Es cierto que desde un principio se optó por establecer una separación acentuada entre el hecho del nacimiento, el hecho concreto del inicio de una vida y los

¹¹³ STS, Sala Primera, de 25 de abril de 1994, 3073/1994.

daños indemnizables, siguiendo de esta manera los postulados ideológicos de la “Trennungslehre”, fundamento indiscutible para la aceptación de este tipo de acciones en el ordenamiento jurídico alemán. Sin embargo, las cuestiones éticas, metajurídicas y religiosas que son inherentes al estudio de las mismas, y que se contraponen fervientemente a estas reclamaciones, habían contribuido hasta entonces a rechazar en España, siquiera la opción de analizar este tipo de demandas, tal como sucede en la actualidad en muchos otros países occidentales, que enfrentan permanentemente sus supuestos de hecho.

La negligencia médica en la realización integral de un procedimiento de esterilización, concretamente el de una vasectomía, constituyeron los hechos sobre los cuales se fundamentó la condena de responsabilidad civil en contra del profesional médico a cargo. Si bien la referida intervención se practicó correctamente, no se informó adecuadamente sobre los riesgos propios de fracaso de dicha intervención (recanalización espontánea de espermatozoides), los cuales a pesar de su baja probabilidad se encuentran siempre latentes en cualquier procedimiento de estas características. A raíz de estas circunstancias, se estimó que el paciente no adoptó los mecanismos anticonceptivos adicionales necesarios dando como consecuencia un embarazo gemelar por parte de su esposa. A este respecto, la Audiencia provincial condenó al profesional de la salud al pago de una indemnización de 9.000.000 ptas., equivalentes a €54.091,09 por concepto de daños morales y patrimoniales, rechazando la pretensión de manutención por los gastos de crianza del menor. El Tribunal Supremo en la mencionada sentencia confirmó la tasación de la indemnización efectuada por el juez de instancia, estableciendo una precisión que no se reprodujo en la tendencia jurisprudencial que a partir de este fallo se originaría en lo referente a este tipo de acciones. Dicha indemnización no se otorgó a título de daño moral, de hecho, se rechazó tal concepto como daño indemnizable pues no se predicaba la existencia del mismo en estos supuestos, sino que la misma se concedió a título de ayuda económica para hacer frente a los gastos de crianza propios del nacimiento.

Actualmente este tipo de reclamaciones de responsabilidad resultan viables a la luz del ordenamiento jurídico español, y así se ha reflejado en la doctrina y la jurisprudencia, lo cual no necesariamente garantiza el éxito de las mismas. De hecho, hay que destacar que gran parte de los pronunciamientos jurisprudenciales han desestimado las pretensiones presentadas por los accionantes¹¹⁴ debido a la inexistencia de negligencia en la práctica de dichos procedimientos de esterilización, pues en la gran mayoría de los casos y, a pesar de tratarse de cirugías satisfactivas, como tantas veces lo han puesto de manifiesto tanto la Sala Civil como la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, existen riesgos propios del azar funcional de la naturaleza que resultan insuperables a la luz de los conocimientos actuales de la ciencia médica, evitando la consecución del resultado esperado con dicha intervención, riesgos estos, que no pueden ser atribuidos a la conducta del profesional de la salud en razón a la ausencia de un régimen de responsabilidad objetiva en el ámbito de la responsabilidad

¹¹⁴ Véase las sentencias. STS, Sala Primera, de 31 de enero de 1996, 546/1996; STS, Sala Primera, de 11 de febrero de 1997, 940/1997; STS, Sala Primera, de 27 de junio de 1997, 5758/1997; STS, Sala Tercera, de 3 de octubre de 2000, 7033/2000; STS, Sala Primera, de 2 de noviembre de 2000, 9206/2000; STS, Sala Primera, de 11 de mayo de 2001, 6197/2001; STS, Sala Tercera, de 29 de marzo de 2006, (Rec. Cas. 271/2002). En la Jurisprudencia menor, también existen pronunciamientos desestimatorios. Véanse. STSJ de Cataluña, de 9 de noviembre de 1993, 4887/1993; STSJ de Cantabria, de 11 de julio de 1997, 224/1997; SAP de Barcelona, de 7 de marzo de 2000, 902/2000.

médica tanto en el sector privado como en el público. Las indemnizaciones que a este respecto se han concedido encuentran su fundamento no tanto en la práctica irregular de dichos procesos de esterilización¹¹⁵, bien se trate de vasectomías bien de un procedimiento de ligadura de trompas, sino en la falta del deber de información que debe el profesional de la medicina a sus pacientes¹¹⁶. La falta de información efectiva en cuanto a los riesgos de fracaso de la intervención médica, los cuidados y atenciones necesarias para la obtención del resultado esperado, así como en lo referente a las recomendaciones post-operatorias propias de este tipo de procedimientos, ha sido el común denominador de las conductas médicas negligentes que han fundamentado las condenas civiles impuestas por los tribunales tanto en el sector público como privado.

Los costes ordinarios de crianza o de manutención del niño, han constituido desde siempre en este tipo de reclamaciones un aspecto fundamental en materia de determinación de daños. Sin embargo, el rechazo de estas partidas indemnizatorias ha sido mayoritario en el ordenamiento jurídico español, en tanto que según gran parte de la doctrina, así como la tendencia jurisprudencial, autorizar estas partidas indemnizatorias conllevaría necesariamente a trasladar las obligaciones alimentarias impuestas a los padres (art. 154 y ss. C.C.E) a los profesionales de la salud que hayan actuado negligentemente. Lo cual es a todas luces inaceptable¹¹⁷.

Por otra parte, y, también en lo referente a la determinación de los daños, podríamos señalar que existen algunos perjuicios tanto de carácter material como de orden moral que suelen incluirse dentro de las partidas y subpartidas indemnizatorias referidas a este tipo de demandas de responsabilidad. Así, por un lado, como perjuicios materiales se suelen señalar: los gastos ordinarios de manutención, los gastos extraordinarios en aquellos casos en que el niño nazca en condiciones de discapacidad, gastos relativos a la prueba de paternidad... (daño emergente) e, incluso también en algunas sentencias se han reconocido perjuicios materiales por el detrimento que supone la pérdida de ingresos (lucro cesante). Por otro lado, los perjuicios de orden moral que también resultan susceptibles de una subdivisión específica: el daño inmaterial que se manifiesta como resultado de la privación al ejercicio del derecho a la autodeterminación (libertad de procreación), lo cual afecta de manera directa derechos de orden constitucional, como la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad¹¹⁸. Y el

¹¹⁵ Para este supuesto específico. Véase. STS, Sala Primera, de 5 de junio de 1998, 4275/1998.

¹¹⁶ STS, Sala Primera, de 25 de abril de 1994, 3073/1994; STS, Sala Primera, de 27 de abril de 2001, 3429/2001; STS, Sala Primera, de 29 de mayo de 2003, 3678/2003; STS, Sala Primera, de 7 de abril de 2004, 2401/2004. En esta misma línea las Sentencias: STS, Sala Tercera, de 9 de mayo de 2005, (Rec. Cas. 3803/2001); STS, Sala Tercera, de 3 de octubre de 2000, 7033/2000; STS, Sala Tercera, de 29 de marzo, de 2006, (Rec. Cas. 271/2002). Estas dos últimas sentencias aun cuando no condenan a la Administración sanitaria siguen el mismo criterio jurisprudencial.

¹¹⁷ GARCÍA RUBIO, María, "Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo 1998", *CCJC*, 1998, p. 1219; MARTÍN-CASALS, Miquel y SOLÉ FELIU, Josep, "Anticoncepciones fallidas e hijos no previstos", op.cit., pp. 9-12; manifestándose igualmente en contra de la indemnización de estos gastos ordinarios de manutención, pero alegando que no es posible deslindar el daño que produce la manutención del niño, de su existencia. ROCA FERNÁNDEZ, María, "¿Resarcimiento de daños por el hijo nacido tras una esterilización?", *La Ley*, D-271, 1998-5, p. 1748. En el ámbito jurisprudencial continuando con esta línea argumentativa pero enfocándose en la idea de la falta de antijuridicidad del daño, debido a la obligación legal de soportar dicha carga económica. Véanse. STS, Sala Tercera, de 3 de octubre de 2000, 7033/2000; STS, Sala Tercera, de 29 de marzo, de 2006 (Rec. Cas. 271/2002). En la jurisprudencia menor, y más recientemente. Véase. STSJ de Castilla y León, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 8 de junio de 2012, 1091/2012.

¹¹⁸ STC, de 11 de abril de 1985, 53/1985. En esta sentencia se resuelve el recurso de inconstitucionalidad en contra de la Ley Orgánica No. 9/1985 que reforma el artículo 417 (bis) del CP, que despenalizó el

daño moral que surge a causa del impacto psicofísico que genera en la madre un embarazo no previsto y, por tanto, no deseado, el cual no solo deteriora su armonía anímica, que produce consecuentemente un estado de preocupación insuperable¹¹⁹, sino que además puede llegar a menoscabar otros ámbitos de la vida de la afectada, bien sea su relación matrimonial o de pareja bien sus relaciones con las personas más allegadas¹²⁰.

Es importante destacar que en lo referente a ambos tipos de daños han existido algunas objeciones puntuales que vale la pena enunciar al menos de forma sumaria, en tanto que un análisis más detenido se realiza en el capítulo referido a los daños. En lo referente a los perjuicios de orden material, el asunto apunta a los daños emergentes, pues existe la inconformidad de que aquellos gastos relativos a la asistencia sanitaria, fisioterapia, parafarmacia o los referidos a la asistencia social, en concreto, los que tienen que ver con aquellos servicios prestados por la seguridad social, no deben ni pueden ser indemnizados, en tanto que se estaría incurriendo en un enriquecimiento sin causa¹²¹. Ello conduce a que en variados pronunciamientos judiciales dicha partida indemnizatoria se haya circunscrito a los gastos referidos a la prueba de paternidad¹²², necesaria para este tipo de supuestos. La concesión de indemnizaciones por la pérdida de ingresos que supone el nacimiento de un niño no suele ser muy resaltada en el marco de las reclamaciones que en el grueso de este trabajo nos encontramos abordando, pero es indudable que han existido fallos que han procedido a su reconocimiento.

En lo que respecta a los perjuicios morales, la situación ha sido bastante variable, y la objeción que a este efecto se reproduce tiene que ver con lo esbozado por la célebre sentencia del 3 de octubre de 2000, dictada por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en la que señala que a pesar de incluir el daño moral dentro del concepto de daño evaluable a efectos de determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración, no es posible entender “la mera situación de malestar o incertidumbre” como un daño indemnizable, afectación que se presume cuando tras el fallo de una intervención de esterilización surge como resultado inesperado un embarazo no deseado, admitiendo a título supremamente excepcional una eventual indemnización por tal concepto en aquellos supuestos en que dicha situación genere una repercusión psicofísica grave.

En general, considera que no puede surgir un daño moral como consecuencia del nacimiento inesperado de un hijo, pues las consecuencias derivadas de la paternidad y maternidad no tienen nada que ver con un perjuicio de orden moral, sino muy por el contrario son bendiciones de las que son acreedores los propios padres. Estas consideraciones han sido recogidas por gran parte de la doctrina e incluso ha sido la tendencia que siempre ha caracterizado a la jurisprudencia administrativa en este tipo de supuestos. No obstante, la Jurisprudencia civil¹²³ ha sido la que, de alguna u otra manera,

aborto en tres supuestos. Siguiendo esta misma línea pero refiriéndose más concretamente a la libertad de procreación. Véase. STC, de 14 de julio de 1994, 215/1994.

¹¹⁹ STS, Sala Primera, de 24 de septiembre de 1999, 7272/1999.

¹²⁰ SAP de Alicante, de 9 de julio de 1999, *El Derecho*, 30117/1999.

¹²¹ Véase. STS, Sala Tercera, de 27 de junio de 2007, No. Rec. Cas. 4747/2003.

¹²² STS, Sala Tercera, de 3 de octubre de 2000, 7033/2000; STS, Sala Tercera, de 4 de noviembre de 2008, No. Rec.Cas. 4936/2004.

¹²³ STS, Sala Primera, de 24 de septiembre de 1999, 7272/1999. En la jurisprudencia menor. Véase. SAP de Barcelona, de 30 de julio de 1990, RJC 4/1990; SAP de Alicante, de 9 de julio de 1999, *El Derecho*, 30117/1999. Sin embargo, es importante anotar que también han existido algunos pronunciamientos importantes en los que se niega cualquier daño moral como consecuencia del nacimiento de un hijo. Véase.

ha insistido en la indemnización de estos perjuicios aun cuando minoritariamente, considerando que dicha situación depresiva que altera inevitablemente su estado de tranquilidad produce un estado de preocupación tan fuerte que resulta atentatorio contra su libertad¹²⁴.

El estudio en lo referente a las reclamaciones de responsabilidad “wrongful birth” y “wrongful life” no parecía haber despertado mayor interés tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, salvo contadas excepciones concretas en las que algunos autores tímidamente se habían aventurado a colocar de manifiesto otro tipos de supuestos en los que podría fundamentarse una eventual demanda de responsabilidad, tal parece ser el caso del Doctor Pantaleón Prieto, quien con anterioridad al primer pronunciamiento judicial del Tribunal Supremo en 1994, en lo referente a las demandas de responsabilidad “wrongful conception”, se había referido por primera vez a la posibilidad de introducir los supuestos propios de las reclamaciones referidas a las demandas “wrongful birth” y “wrongful life” dentro del ordenamiento jurídico español¹²⁵. Así mismo, es importante destacar al autor español, De Ángel Yagüez¹²⁶ quien se pronunció en similares términos ampliando el radio de acción de este tipo de demandas de responsabilidad.

No obstante lo anterior, fue necesario esperar hasta 1997 para que el Tribunal Supremo se pronunciara respecto de estas reclamaciones, concretamente, respecto de una reclamación de responsabilidad “wrongful birth”¹²⁷. En esta ocasión y sin hacer mayores precisiones, lo cual reflejaba un desconocimiento importante en lo atinente a los elementos base de estas demandas, dicha corporación judicial concede una indemnización global y ambigua, a causa de los daños generados a la madre por la conducta negligente del profesional de la salud, perjuicios que sin determinarlos en debida forma, atienden a aspectos tanto de orden moral como patrimonial, tal como se logra desprender de las consideraciones del fallo.

A raíz de este pronunciamiento judicial tan relevante, el desarrollo en torno a estas demandas “wrongful birth” y “wrongful life” pareció dar un giro importante, lo cual se vio reflejado en la proliferación de estudios al respecto, así como en un aumento considerable de demandas bajo estas modalidades y, por consiguiente, en un mayor número de pronunciamientos judiciales en este sentido¹²⁸. A pesar de que en las primeras

STS, Sala Primera, de 25 de abril de 1994, 3073/1994; STS, Sala Primera, de 5 de junio de 1998, 4275/1998.

¹²⁴ STS, Sala Primera, de 24 de septiembre de 1999, 7272/1999.

¹²⁵ PANTALEÓN PRIETO, Fernando, op. cit. pp. 245-317.

¹²⁶ DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo, “Diagnósticos genéticos y prenatales y responsabilidad (Parte I)”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, No. 4, 1996, p.106.

¹²⁷ Se trataba de un embarazo sujeto a riesgo durante el cual se practicaron las pruebas prenatales de rigor (amniocentesis) para determinar el estado de salud del feto. La prueba prenatal fracasó no arrojando ningún resultado concluyente en este sentido, informándole a la mujer de este hecho solo hasta dos meses después del momento en que tuvo lugar la realización de la misma, trayendo como consecuencia la imposibilidad de ejercer la facultad de interrumpir el embarazo, pues el plazo para hacer efectiva dicha libertad había finalizado. Posteriormente, el niño nace con el síndrome de Down. A raíz de esto, la madre interpone demanda de responsabilidad en su propio nombre en contra de los profesionales negligentes y el hospital. La demanda es desestimada tanto en primera como en segunda instancia, pero el recurso de casación se concede por parte del Tribunal Supremo.

¹²⁸ Véanse las sentencias. STS, Sala Primera, de 4 de febrero de 1999, 748/1999; STS, Sala Primera, de 7 de junio de 2002, 5216/2002; STS, Sala Primera, de 18 de diciembre de 2003, 9302/2003; STS, Sala Primera, de 21 de diciembre de 2005, 10149/2005; STS, Sala Primera, de 17 de noviembre/2008, 6049/2008, entre otras. En la Jurisprudencia Administrativa. Véanse. STS, Sala Tercera, de 4 de

sentencias no se había logrado aún que los pronunciamientos judiciales desarrollaran los elementos propios de este tipo de pretensiones¹²⁹, como sí lo venía haciendo la doctrina, con el paso del tiempo parece ser que los tribunales se esforzaron en desarrollar con mayor atención cada uno de los elementos de la responsabilidad civil a la luz de este tipo de reclamaciones¹³⁰.

La destacada sentencia STS, del 21 de diciembre de 2005¹³¹, explica de manera más precisa y detallada la compatibilidad de las reclamaciones “wrongful birth”, con los presupuestos necesarios para la atribución de responsabilidad civil, lo cual constituyó un gran avance para su consolidación en el ordenamiento jurídico español.

En esta ocasión, no solo se define claramente el daño, sino que además se crea una nueva tendencia que propugnaba por identificar en hechos o en circunstancias distintas al nacimiento, la existencia de un daño moral y patrimonial -doctrina que se había aplicado en sentencias anteriores, pero que es desarrollada con claridad a partir de esta-. De igual manera, se introdujo un daño adicional, refiriéndose a aquel que sufre la madre al ser privada de la posibilidad de decidir acerca de una eventual interrupción voluntaria del proceso de embarazo, línea argumentativa que sin lugar a dudas es recogida gracias a la citada sentencia del Tribunal Constitucional que incluye el derecho a la autodeterminación como una manifestación o exteriorización de la dignidad humana, valor espiritual y moral inherente a todo ser humano. En términos concretos señala que “El daño, por tanto, resulta no sólo del hecho de haber privado negligentemente a la madre de la posibilidad de decidir acerca de su situación personal y familiar y de consentir, en definitiva, dar vida a un nuevo ser, que afectará profundamente a la suya en todos los sentidos, sino de los efectos que dicha privación conlleva. Son daños susceptibles de reparación económica con un doble contenido: moral y patrimonial. Aquel derivado de los sufrimientos y padecimientos ocasionados por el nacimiento y ulterior nacimiento de un hijo discapacitado (...) Este, consecuencia de la existencia de un perjuicio efectivo y perfectamente evaluable que puede resultar del coste de las pruebas diagnósticas, de un innecesario embarazo y parto y de la adaptación de los padres a la nueva situación, social, familiar, económica, y de atención especial surgida de un hecho imprevisto y extraordinario para ellos”. Por otra parte, vale destacar las consideraciones que este pronunciamiento realizó en lo referente a la causalidad en las demandas “wrongful birth”, calificando de “debate estéril y fundado en simples y absurdas especulaciones” el asunto referido a la necesidad de declaración por parte de la madre de la intención de abortar el feto en caso de haber conocido su estado real de salud. Sin embargo, lejos de alejarse de esta problemática causal, el Tribunal Supremo asume la

noviembre de 2005, 1544/2006; STS, Sala Tercera, de 26 de enero/2006, 4346/2006; STS, Sala Tercera, de 30 de junio de 2006, 6580/2006; STS, Sala Tercera, de 4 de noviembre/2008, 5860/2008, entre otras.

¹²⁹ STS, Sala Primera, de 6 de junio de 1997, 4610/1997; STS, Sala Primera, de 4 de febrero de 1999, 748/1999; STS, Sala Primera, de 7 de junio de 2002, 5216/2002; STS, Sala Primera, de 18 de diciembre de 2003, 9302/2003.

¹³⁰ Véanse las sentencias. STS, Sala Primera, de 21 de diciembre de 2005, 10149/2005; STS, Sala Tercera, de 30 de junio de 2006, 6580/2006; STS, Sala Tercera, de 5 de diciembre de 2007, 9142/2007; STS, Sala Primera, de 24 de octubre de 2008, 5793/2008; STS, Sala Primera, de 17 de noviembre/2008, 6049/2008.

¹³¹ Los hechos eran los siguientes: una mujer de 40 años de edad que se encontraba embarazada, se había sometido a un diagnóstico prenatal (Biopsia coral transabdominal bajo control ecográfico) dirigido a determinar el estado de salud del feto. El resultado de la prueba estableció que el feto se encontraba en perfecto estado, por lo que se continuó de manera normal con el embarazo. No obstante lo anterior, la madre dio a luz a un niño que padecía síndrome de Down. Los padres interpusieron demanda de responsabilidad civil en contra de las instituciones hospitalarias involucradas, desestimándose tanto en primera como en segunda instancia; pero acogándose favorablemente por parte del Tribunal Supremo.

dificultad de entrar a valorar el que denomina un curso causal no verificable y se esfuerza en superarlo mediante un juicio de probabilidades basado en factores objetivos, llegando a la conclusión de que la relación de causalidad puede surgir con total independencia de la declaración de la madre de su intención de abortar. Situación que al parecer ha cerrado el debate existente años atrás respecto de la necesidad de manifestar tal declaración de intenciones a efectos de acreditar el nexo causal.

Es posible aseverar que la línea argumentativa sostenida por la referida sentencia se ha venido ratificando en la jurisprudencia civil, con ligeras modificaciones como es natural. Tal es el caso de las sentencias STS, de 24 de octubre de 2008, STS, de 31 de mayo de 2011¹³², STS, de 14 de marzo de 2013¹³³, entre algunas otras, que han venido citando dicha doctrina a efectos de darle aplicación a dicho criterio jurisprudencial. Pese a ello, han existido dos sentencias aisladas que se apartan sustancialmente de la línea argumentativa fijada por la jurisprudencia civil, al menos en lo que concierne a la determinación del daño indemnizable y del nexo de causalidad, pues han señalado que pretender enlazar causalmente los daños tanto patrimoniales como morales que surgen con posterioridad al nacimiento y a la conducta enjuiciada, resulta desacertado jurídicamente, de modo que el origen de dichos perjuicios no se encuentra en la conducta negligente del profesional de la salud¹³⁴.

En la doctrina también vale destacar el apoyo a esta línea argumentativa excepcional, que entre otras cosas, gozó de gran consistencia en la jurisprudencia contencioso-administrativa hasta la importante sentencia STS, del 4 de noviembre de 2008¹³⁵. Algunos autores han centrado sus esfuerzos en precisar que no puede ser posible alegar perjuicios posteriores al nacimiento en estas reclamaciones, pues la relación causal entre dichos perjuicios, tales como los daños patrimoniales y morales derivados de su discapacidad, y la conducta negligente del profesional de la salud, resulta especulativa, basada en meras conjeturas que conducen a un debate interminable¹³⁶. Por este motivo, la privación del derecho a procrear libremente o la facultad de interrumpir voluntariamente el embarazo es lo que constituye el daño en este tipo de supuestos, haciendo irrelevante tratar de indagar en qué habrían hecho los padres de no haber sido objeto de un falso negativo¹³⁷. Sin embargo, no sería acertado concluir que esta

¹³² STS, Sala Primera, de 31 de mayo de 2011, 3556/2011.

¹³³ STS, Sala Primera, de 14 de marzo de 2013, 1136/2013.

¹³⁴ STS, Sala Primera, de 6 de julio de 2007, 3658/2007; STS, Sala Primera, de 23 de noviembre de 2007, 24/2008.

¹³⁵ El asunto se refiere a la demanda presentada por parte de la madre de un niño que nació con el síndrome de down, en razón al incumplimiento de los protocolos médicos establecidos para la atención de un embarazo sujeto a riesgo. En esta ocasión no se le practicaron las pruebas prenatales de rigor para verificar el estado de salud del feto, lo que imposibilitó la detección de la referida patología, privando a la madre de su facultad para interrumpir voluntariamente el embarazo. En consecuencia, la madre interpone recurso-contencioso administrativo en contra de la resolución de la Conselleria de Sanidad de la Generalitat Valenciana, procediendo el Tribunal Superior de Justicia de Valencia a estimar parcialmente las pretensiones del recurso anulando la resolución recurrida; concediendo a la actora la indemnización por los perjuicios morales y patrimoniales derivados de la negligencia médica. El Tribunal Supremo confirma el fallo, desestimando el recurso presentado por la Generalitat Valenciana.

¹³⁶ En este sentido. MACÍA MORILLO, Andrea, op.cit. pp. 503-504; 506-511.

¹³⁷ MACÍA MORILLO, Andrea, "El tratamiento de las acciones de wrongful birth y wrongful life a la luz de la nueva ley sobre interrupción voluntaria del embarazo", *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, No. 23, 2011, p. 96; ROMERO COLOMA, Aurelia, "Las acciones de wrongful birth y wrongful life en el ordenamiento jurídico español (especial referencia a la responsabilidad civil médica)", *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, Vol. 86, No. 722, 2010, p. 2597. En la jurisprudencia el TS pronunciándose en similares términos. Véase. STS, Sala Primera, de 19 de junio de 2007, 5572/2007.

constituye la postura mayoritaria en la doctrina, en tanto que resultan notables los autores que defienden la tesis contraria, y optan por indemnizar tanto el daño inmaterial que constituye la privación al derecho de procrear libremente o de interrumpir el proceso de embarazo, como los daños que puedan derivarse como consecuencia del nacimiento discapacitado del niño¹³⁸.

Por su parte, la jurisprudencia administrativa se ha caracterizado por ser bastante conservadora en el análisis de este tipo de reclamaciones judiciales, prueba de ello lo constituye, entre otras cosas, el tardío pronunciamiento que a este respecto efectuó la Sala Tercera del Tribunal Supremo. La sentencia del 4 de noviembre de 2005¹³⁹ constituye el primer antecedente jurisprudencial de estas acciones en el ámbito contencioso-administrativo, fecha en la que la jurisprudencia civil ya se había pronunciado en más de un par de ocasiones respecto de ellas. Las consideraciones jurídicas sostenida por esta Sala, en este fallo concretamente, han sido objeto de algunas modificaciones a lo largo de los últimos años, lo que impide hablar de la existencia de una tendencia jurisprudencial debidamente definida, pues los elementos del daño y la relación de la causalidad entre este y la conducta del agente médico han sido objeto de algunas variaciones que no permite realizar un decantamiento tranquilo y reposado en lo referente a alguna postura determinada. No obstante, trataremos de señalar algunas conclusiones principales que se pueden extraer del grueso de la jurisprudencia administrativa que a día de hoy se ha pronunciado respecto de las demandas “wrongful birth”.

En lo referente a la acreditación de la existencia de una conducta defectuosa o negligente por parte del médico o profesionales sanitarios involucrados, el Tribunal Supremo ha precisado que en todo momento se ha exigido y se debe exigir la realización de un anormal funcionamiento de la Administración a efectos de vincular su responsabilidad patrimonial. Este funcionamiento defectuoso se traduce en la verificación de actuaciones por parte del profesional médico que no se correspondan con las exigencias propias de las buenas prácticas de la medicina, con los protocolos establecidos para el efecto, con el umbral de exigencia requerida de acuerdo con las circunstancias concretas del caso, en definitiva, que constituyan una infracción a la “lex artis”. Se entiende, que de acuerdo con la naturaleza de este tipo de actividades (médicas) le son aplicables criterios de responsabilidad basados en la negligencia por incumplimiento de la “lex artis ad hoc”, y no la doctrina general relativa a la responsabilidad objetiva a la que están sujetas las Administraciones públicas en España.

¹³⁸ GALÁN CORTES, julio, op.cit. p. 438; MARTIN-CASALS, Miquel y SOLÉ FELIU, Josep, “Comentario a la STS de 18 de mayo de 2006”, op.cit. p. 533. Ubicando el daño moral no en la privación de la facultad de interrumpir el embarazo sino en el impacto emocional de traer al mundo un hijo con graves discapacidades, y apoyando la indemnización por los gastos extraordinarios derivados de la discapacidad del niño. Véase. GARRIGA GORINA, Margarita, “Negligencia en el diagnóstico prenatal”, *Revista para el análisis del Derecho – Indret*, Universitat Pompeu Fabra, 3/2003, Barcelona, 2003, p. 8.

¹³⁹ Los médicos no informaron a los padres acerca de los resultados arrojados por el “Triple Screening”, en tanto que el resultado de dicha prueba médica nunca llegó a la Unidad de Diagnóstico Prenatal. Posteriormente el niño nace con el síndrome de Down, por lo que los padres ejercitan demanda de responsabilidad por haberseles privado de su derecho a la autodeterminación, negándole la posibilidad de que hubiesen optado bien por la realización de una nueva prueba, otra más específica, o que la madre optase por un eventual aborto. El Tribunal Supremo confirma el fallo dictado por la Audiencia Nacional, quien había condenado a la Administración al pago de una indemnización por los perjuicios morales que suponía haber privado a la madre de una decisión trascendente en el ejercicio de sus derechos reproductivos.

No se puede obligar a la ciencia ni mucho menos a la Administración a lo imposible, al menos, desde la óptica del estado actual de los conocimientos.

Por otro lado, en lo referente al daño indemnizable y al nexo de causalidad, se logra ver claramente como a diferencia de la línea esbozada por la Sala Civil no existe una tendencia clara al respecto. En un principio parecía que el único daño indemnizable que podría ser aceptado era aquel que se refería a la afectación en el derecho a la autodeterminación, dado que no se terminaba de acreditar la suficiente relación causal entre la conducta del profesional médico y la enfermedad o discapacidad que sufría el niño. Doctrina jurisprudencial que pareció gozar de cierto grado de estabilidad, tal como se reflejó en algunas otras sentencias: STS, Sala Tercera, de 30 de junio de 2006, STS, Sala Tercera, de 10 de mayo¹⁴⁰, 16 de octubre¹⁴¹, y 5 de diciembre de 2007. Sin embargo, en este intervalo de tiempo, más específicamente durante el 2007, también se presentaron dos pronunciamientos judiciales importantes que no conservaron dicho criterio jurisprudencial, y se acogieron a las consideraciones que venía esbozando la Sala Civil de dicha corporación: se conceden indemnizaciones no solo por perjuicio inmaterial, que implicaba la privación de tomar decisiones libre y conscientes en el ejercicio de sus derechos reproductivos, sino también de los perjuicios derivados del nacimiento discapacitado del niño, bien sean los gastos económicos extraordinarios derivados de la enfermedad¹⁴², bien los daños morales a causa del dolor y sufrimiento que suponía para los padres traer al mundo un hijo con dichas discapacidades. Tal fue el caso de las Sentencias STS, de 14 de marzo¹⁴³ y de 27 de junio de 2007¹⁴⁴. Profundizando más en este sentido, surge la citada sentencia STS, del 4 de noviembre de 2008, la cual lejos de continuar con la que hasta ese momento parecía ser la tendencia jurisprudencial de dicha Sala, no solo se pronuncia en igual sentido que las dos últimas sentencias, sino que explica con mayor detenimiento las consideraciones en las cuales basa su decisión. En este pronunciamiento, el Tribunal Supremo cita la jurisprudencia que hasta ese momento había venido manejando la Sala Tercera con relación a los supuestos “wrongful conception”, en la cual se reconoce la existencia de un daño moral por la lesión a la facultad de autodeterminación de la madre, aplicando dichos criterios a estos supuestos, que aunque distintos, a juicio de la sala, resultaban perfectamente válidos.

Así las cosas, dicha judicatura, parte de estas consideraciones para determinar que los gastos extraordinarios derivados de la discapacidad del niño deben necesariamente ser indemnizados pues implican una carga económica muy superior a la ordinaria a la que están obligados los padres, estimando que dicha circunstancia es clave para la identificación de un daño, permitiendo por tanto la indemnización. En lo referente a la relación de causalidad manifiesta que no es posible desvincular dichos daños posteriores al nacimiento, de la imposibilidad de interrumpir legalmente el embarazo, la cual es atribuida a la negligencia de la Administración sanitaria en el caso concreto. A este respecto señala lo siguiente: “Así las cosas, el único motivo del presente recurso de casación debe ser desestimado. Los gastos que la recurrida ha debido y deberá afrontar en cuanto madre de una hija con el síndrome de Down no pueden considerarse

¹⁴⁰ STS, Sala Tercera, de 10 de mayo de 2007, 3403/2007.

¹⁴¹ STS, Sala Tercera, de 16 de octubre de 2007, 7620/2007.

¹⁴² La jurisprudencia del Tribunal Supremo español ha partido de la consideración de rechazar la indemnización por los costos ordinarios de crianza del niño, tanto en las reclamaciones “wrongful conception” como en las de “wrongful birth” y “wrongful life”.

¹⁴³ STS, Sala Tercera, de 14 de marzo de 2007, 1540/2007.

¹⁴⁴ STS, Sala Tercera, de 27 de junio de 2007, Rec. Cas. 4747/2003.

lógicamente desvinculados de la imposibilidad, causada por la Administración sanitaria, de interrumpir legalmente su embarazo. Existe nexo causal entre la omisión de la prueba de detección prenatal del síndrome de Down y el daño, tanto moral como económico, experimentado por la recurrida”.

En lo concerniente a las demandas de responsabilidad “wrongful life” hemos querido analizar su tratamiento jurídico de manera separada, en tanto que la posición de la jurisprudencia española a pesar de haber sido bastante determinante contiene algunas particularidades importantes. El escaso interés en un principio, y la falta de decisión dirigida a hacer frente a este tipo de reclamaciones inmediatamente después, pudo constituir la razón por la cual han existido escasos pronunciamientos a este respecto en el Tribunal Supremo; lo cierto es que estos han coincidido en la casi totalidad de los casos en negar de manera categórica cualquier tipo de indemnización a favor del niño discapacitado. Sin embargo, no es posible decir lo mismo de los argumentos que en algunas ocasiones han utilizado para fundamentar dichas decisiones. Al margen de esta tendencia claramente determinada, es importante mencionar la STS, Sala Primera, de 18 de mayo de 2006¹⁴⁵, en tanto que es el primer y único antecedente claro que hasta el día de hoy es posible mencionar en lo referente a la estimación de estas¹⁴⁶. En esta ocasión el alto tribunal confirma parcialmente la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, condenando solidariamente a la clínica (parte contratante) y al médico especialista en obstetricia y ginecología, al pago por los perjuicios causados a los padres, a la hija (hermana) y al niño discapacitado. Lo curioso de este pronunciamiento es que a pesar de modificar la tendencia argumentativa hasta ese momento existente -aunque solo se haya limitado a confirmar la decisión del Tribunal de instancia- no realiza pronunciamiento alguno que justifique el por qué de un detrimento padecido por el niño, y más, que este surja como un perjuicio indemnizable. Por otra parte, también es importante resaltar la Sentencia STS, Sala Tercera, de 10 de mayo de 2007, en la cual parece dejarse la puerta abierta a una eventual indemnización, a cuyo efecto puede interponerse una demanda de responsabilidad presentada por parte del niño o en su nombre, o por sus representantes legales. En la referida sentencia el alto tribunal le otorga la posibilidad tanto al niño como a sus representantes legales de ser indemnizados en un futuro, en caso de que la enfermedad que afecta a aquel –asintomática en el momento de la reclamación- evolucione de tal manera que genere cualquier patología derivada de la adrenoleucodistrofia, de la cual era portadora la madre. Resultan llamativas dichas consideraciones pues sin pronunciarse de manera expresa respecto de las reclamaciones “wrongful life” deja una vía libre a las mismas.

Lo anterior, sin perjuicio de que el Tribunal Supremo en posteriores pronunciamientos haya pretendido zanjar rápidamente la cuestión en dos fallos casi inmediatos en los que sí se pronunció detenidamente sobre estas reclamaciones de responsabilidad. En las ya mencionadas sentencias: STS, Sala Primera, de 6 de julio y 23 de noviembre de 2007. Acude a la consideración de que la vida humana es un bien precioso protegido por el ordenamiento jurídico, el cual no puede admitirse como un mal en sí mismo, ni siquiera en aquellos casos en que dicho nacimiento ha traído como consecuencia un niño discapacitado. Encuentra que en estos casos no resulta posible

¹⁴⁵ STS, Sala Primera, de 18 de mayo de 2006, 4724/2006.

¹⁴⁶ Es de destacar que esta sentencia (STS, Sala Tercera, de 16 de junio de 2010, 3364/2010), si bien otorga una pensión vitalicia a favor del niño, no puede ser admitida como un caso en el que se haya estimado una pretensión propia de las acciones “wrongful life”, pues resulta evidente de los razonamientos de dicha judicatura, que la misma se está confiriendo a efectos de indemnizar a los padres, y no al niño.

aplicar la separación entre el daño y la vida discapacitada, tal como lo venía realizando la jurisprudencia hasta el momento, por tanto rechaza las pretensiones que en nombre del niño presentaron los padres.

En lo que respecta al tratamiento otorgado por parte de la doctrina a este tipo de reclamaciones, bien vale destacar que no existe mayor desacuerdo al respecto y se propugna notablemente por el rechazo de la mismas, en razón a las numerosas dificultades que se encuentran a la luz del ordenamiento jurídico español para hacerlas compatibles con el sistema jurídico de responsabilidad civil¹⁴⁷: la dificultad de separar el daño de la vida misma o hecho de vivir, la inexistencia de un nexo de causalidad entre la conducta del médico y el daño sufrido por el niño, la inexistencia de un derecho a no nacer. Entre algunas otras razones.

3.2 Colombia

Es indudable que el ordenamiento jurídico colombiano es un escenario inexplorado por estas demandas de responsabilidad. La tradición cultural, religiosa y moral se ha caracterizado por ser fuertemente influyente en un sinnúmero de aspectos de la vida social, política y económica de un Estado. Dicha influencia en gran parte de América latina resulta ostensiblemente acentuada en relación con otros países occidentales, quienes se han caracterizado por la proliferación masiva de políticas generales de corte liberal, que ha aminorado la influencia de estas tradiciones, costumbres o creencias en la vida moderna de estos Estados. Es claro, por tanto, que esto se ha visto reflejado en los ordenamientos jurídicos de los distintos países, en el tratamiento del Derecho e incluso en la libertad de los administradores de justicia, quienes no solo deben atender el marco de la norma jurídica, sino también enfrentar una serie de cuestiones de orden extrajurídico que varían según el contexto social de cada territorio.

Es de destacar el papel de la jurisprudencia colombiana, haciendo especial énfasis en el de la Corte Constitucional, quienes a pesar del contexto social, político y cultural en el que se desenvuelven, se ha caracterizado por hacer prevalecer la independencia de los órganos judiciales y estimular, promover y facilitar la adaptación del derecho a los cambios sociales que indudablemente ha venido experimentando la sociedad contemporánea. En consonancia con lo anterior, existen como es natural, muchas cuestiones fundamentales que afectan la sensibilidad jurídica de los seres humanos pero que resultan inexplicablemente indiferentes para el derecho o, mejor aún, en donde la explicación se halla en las costumbres, creencias o tradiciones que aún parecen hacer parte del ordenamiento jurídico. Tal es el caso de las demandas de responsabilidad “wrongful conception”, “wrongful birth” y “wrongful life”, las cuales no han sido objeto

¹⁴⁷DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Gema, “La imposibilidad de abortar: un supuesto más de responsabilidad civil”, *La Ley*, 1998, pp. 1704-1706; GALÁN CORTES, julio, op.cit. p. 432; MACÍA MORILLO, Andrea, *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales. Las llamadas acciones de Wrongful birth y Wrongful life*, op.cit. pp. 583-584; MARTÍN-CASALS y Miquel, SOLÉ FELIU, Josep, “Comentario a la STS de 18 de mayo de 2006”, op.cit. pp. 540-542; PANTALEÓN PRIETO, Fernando, op.cit. p. 271-276. No obstante, existen autores que defienden la procedencia de estas demandas bajo determinadas condiciones. Véase. DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo, “Diagnósticos genéticos y prenatales y responsabilidad (Parte II)”, op. cit. p. 152. SALAS DARROCHA, Josep, “Las acciones “wrongful birth” y “wrongful life” ante la jurisdicción contencioso-administrativa”, *Actualidad administrativa*, No. 22, 2005, p.2670.

aún de debate jurídico en Colombia, pero que sin embargo, los indicios permiten inferir razonablemente que está próximo a presentarse.

Los supuestos de hecho propios de este tipo de reclamaciones jurídicas que no desembocan en sede judicial son incontables en este país, sin embargo, de manera paulatina y paciente las inconformidades respecto de las actividades médicas en estos casos específicos ha aumentado de manera considerable, afectando la sensibilidad jurídica de las víctimas, quienes empiezan a cuestionar el por qué de la asunción a su cargo de riesgos y daños que se deben exclusivamente a la conducta médico-asistencial irresponsable y reprochable. Por otra parte, la autorización del aborto fundamentado en un sistema de indicaciones junto con los avances tecnológicos de la medicina tanto curativa como satisfactiva, han facilitado en gran medida la existencia de los presupuestos jurídicos de estas demandas en el ordenamiento jurídico colombiano.

Tal como lo habíamos mencionado con anterioridad, en Colombia la trascendental Sentencia de Constitucionalidad C-355/06, proferida por la Corte Constitucional, despenalizó el aborto en tres circunstancias específicas: (i) cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico. (ii) cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico. (iii) cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto. A diferencia de lo que ocurrió en España, esta despenalización del aborto, ha llevado a la consideración de un nuevo derecho, que incluso, ostenta el carácter de derecho constitucional fundamental: el derecho fundamental a la interrupción voluntaria del Embarazo (IVE); lo cual ha contribuido a abrir aún más las puertas para este tipo de demandas, pues la amenaza o vulneración del referido derecho, no solo puede dar lugar a la Acción Constitucional de Tutela, o Recurso de Amparo, sino que puede ser constitutiva de indemnizaciones por los perjuicios tanto de orden material como inmaterial que se ocasionen como consecuencia de la privación del derecho fundamental.

Una vez analizado a grandes rasgos el contexto jurídico en lo referente a estas reclamaciones judiciales, a partir del cual hemos podido concluir que las mismas no han sido objeto de un análisis jurídico en Colombia, resulta interesante manifestar que sí se han presentado algunos casos que perfectamente podríamos ubicar dentro de los supuestos propios de las demandas de responsabilidad “wrongful conception”. Sin embargo, los tribunales judiciales de la jurisdicción ordinaria y contencioso-administrativa, no son los que se han pronunciado a este respecto, pero que probablemente lo tendrán que hacer en el futuro, dado algunas reclamaciones que en este sentido se han empezado a realizar recientemente.

Así las cosas, ha sido la Corte Constitucional quien en el marco de sentencias de tutela ha ordenado indemnizar a las madres que se han visto privadas del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo (IVE), a causa de las conductas dilatorias y obstaculizadoras de las Empresas Promotoras de Salud – EPS, las Instituciones Prestadoras de Salud – IPS, y, en consecuencia, de los profesionales de la medicina que han atendido el proceso de gestación de estas mujeres. Esta corporación ha venido fundamentando dicha consideración en el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991, por medio del cual se reglamenta la acción de tutela en Colombia. En este artículo se

autoriza al juez de tutela a ordenar indemnizaciones en abstracto y, a título excepcional, por los daños patrimoniales o inmateriales que se ocasionen como consecuencia de la violación manifiesta de un derecho fundamental. No obstante lo anterior, no han sido mucho los casos en los que la Corte Constitucional ha procedido a hacer uso de la referida facultad en este tipo de supuestos, haciendo particularmente destacables las Sentencias de Tutela: T- 209/08¹⁴⁸ y T- 946/08¹⁴⁹, y, más recientemente, la Sentencia T- 841/11¹⁵⁰, que en razón a la carencia actual del objeto por daño consumado, pues el nacimiento del niño ya había tenido lugar sin que se hubiesen cumplido las pretensiones del amparo constitucional, la corporación constitucional estimó viable ordenar el pago a título de indemnización por las conductas negligentes de las Empresas Promotoras de Salud (EPS), las instituciones que directamente prestan el servicio de salud (IPS) y aquellas atribuibles al profesional médico, consistentes en obstaculizar y, por consiguiente, impedir el ejercicio del derecho fundamental a la interrupción voluntaria del embarazo en los casos autorizados por la normatividad jurídica, generando como consecuencia definitiva el nacimiento de un niño no deseado.

¹⁴⁸ El presente asunto se refirió a un caso de acceso carnal violento agravado en donde no fue posible llevar a cabo la interrupción voluntaria del embarazo trayendo como consecuencia el nacimiento no deseado de un niño; aun a pesar de cumplirse con los requisitos exigidos en la Sentencia C-355/06, de la Corte Constitucional, en tanto que se había denunciado dicha actuación delictiva ante las autoridades competentes. La negativa a practicar el servicio IVE, se fundamentó, entre otras razones, en que existían discrepancias entre la fecha del delito y la de la fecundación, lo cual hacía dudar de la existencia de un supuesto de violación o agresión sexual. La Corte Constitucional condenó en abstracto y bajo las reglas de la solidaridad, a la EPS, las IPS de su red, y a los profesionales sanitarios que atendieron el caso y no actuaron de conformidad con sus obligaciones, a pagar los perjuicios causados a la menor por la vulneración de sus derechos fundamentales.

¹⁴⁹ La vulneración al derecho fundamental a la interrupción voluntaria del embarazo de la hija de la actora en la acción de tutela, constituyó el presupuesto fáctico a partir del cual se fundamentaron las razones para interponer la referida acción constitucional. En esta ocasión, el profesional médico se negó en nombre de la Institución Prestadora del Servicio – IPS a practicarle el aborto a la hija de la accionante, incluso a pesar de haberse presentado la denuncia penal requerida para estos supuestos por la Sentencia C-355/06, alegando objeción de conciencia respecto de la realización del procedimiento. En términos generales, la IPS exigió de manera ilegítima requisitos adicionales a los requeridos por el ordenamiento jurídico para llevar a cabo el aborto: i). Sentencia judicial de interdicción y guarda. ii). Prueba psicológica por medio de la cual se pudiera determinar que había existido una violación sexual. En consecuencia de lo anterior, se produjo el nacimiento del niño, razón por la cual ante la imposibilidad jurídica de restablecer el derecho fundamental, la Corte Constitucional ordenó condenar en abstracto y bajo las reglas de la solidaridad a la IPS y al profesional de la salud que atendió el caso, y que no obraron de conformidad con sus obligaciones, a pagar los perjuicios causados a la víctima por la vulneración de sus derechos fundamentales.

¹⁵⁰ La mencionada sentencia de tutela se refirió a la vulneración del derecho a interrumpir voluntariamente el embarazo. La accionante presentó acción constitucional en nombre de su hija de 12 años de edad quien había resultado embarazada como consecuencia de las relaciones sexuales sostenidas con su novio. Posteriormente, se solicitó ante la EPS la interrupción voluntaria del embarazo alegando el padecimiento de fuertes angustias y depresiones severas (afectación a la salud mental), así como los riesgos de complicaciones obstétricas si continuaba con el embarazo. Lo anterior, debidamente sustentado en dos certificados médicos expedidos por un psiquiatra y una gineco-obstetra que corroboraban dichos riesgos tanto para su salud física como para su salud mental. No obstante lo anterior, la EPS en contravía de lo que había venido ordenando la jurisprudencia constitucional en el marco de este tipo de supuestos, obstaculizó el efectivo acceso a los servicios de IVE, solicitando requisitos adicionales a los requeridos por el ordenamiento jurídico para la práctica del aborto, alegando entre otras razones, que las certificaciones médicas debían venir acompañadas de la historia clínica de la paciente, así como que la orden para la realización de dicha intervención quirúrgica debía ser proferida por un profesional de la salud perteneciente a la EPS, y no por profesionales de la salud particulares. En el marco de estas actuaciones se llevó a cabo el nacimiento del niño, por lo cual la Corte Constitucional ante la imposibilidad de restablecer los derechos vulnerados de la menor, procedió a condenar en abstracto a la EPS al pago del daño emergente junto con todos los demás perjuicios causados a la víctima, por la negativa ilegítima a interrumpir voluntariamente el embarazo.

En estos supuestos, la Corte dio un paso adicional al que por lo general ha venido realizando en los casos de carencia actual de objeto por daño consumado, en tanto que ordenó el pago en abstracto a título de indemnización que luego sería liquidada por la autoridad competente, de conformidad con lo preceptuado por dicha norma jurídica. En términos generales, la Corte no procedía a ordenar la indemnización en abstracto directamente, sino a declarar la carencia actual de objeto por daño consumado; informar al accionante respecto de un eventual derecho a indemnización a causa de la vulneración de los derechos fundamentales, en donde se ponen de manifiesto las autoridades a las cuales es posible acudir para tal efecto; y la determinación de otras consideraciones que estimara conveniente realizar de acuerdo a las circunstancias concretas del caso¹⁵¹.

Es evidente, pues, que no existe un criterio claro en la jurisprudencia constitucional colombiana que indique el por qué de la determinación de proceder a la condena resarcitoria o, por el contrario, de abstenerse de dicha facultad e informar sobre las autoridades judiciales a las que es posible acudir para reclamar un eventual resarcimiento por la vulneración de sus garantías constitucionales. Sin embargo, parecer ser claro que la vulneración al derecho fundamental a la interrupción voluntaria del embarazo – IVE, en los casos en que tenga lugar el nacimiento del niño (daño consumado), constituye un indicador o criterio determinante para hacer uso de la facultad conferida a los jueces de tutela por el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991. Es decir, proceder a la fijación de una indemnización en abstracto por los perjuicios patrimoniales o inmateriales que se generaron en el afectado a causa de la violación de sus derechos fundamentales. Prueba de ello, ha sido que en los eventos en los que la Corte Constitucional ha declarado la carencia actual de objeto por daño consumado, siempre ha optado por la fijación de la indemnización en abstracto; vale destacar que en los demás casos relativos a la vulneración del derecho a la IVE, la Corte no ha declarado la existencia de un daño consumado, sino la carencia actual del objeto, bien sea por hecho superado¹⁵², o por la ausencia o desaparición de las circunstancias que dieron origen a la Acción de Tutela¹⁵³; por lo cual no ha actuado de la misma manera y solo se ha limitado a declarar la carencia actual de objeto y a tomar las consideraciones que estime pertinente de conformidad con las circunstancias propias del asunto.

En consecuencia de ello, y, en razón a la entidad de la vulneración de este derecho fundamental, esta corporación ha estimado resarcir a las víctimas de manera directa en este tipo de supuestos (carencia actual de objeto por daño consumado), lo cual se ha reiterado en sus últimas sentencias de tutela¹⁵⁴. Lo anterior, constituye un

¹⁵¹ Véanse las Sentencias. Corte Constitucional, Sentencia T- 758/2003, de 28 de agosto de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis; Corte Constitucional, Sentencia T-576/2008, de 5 de junio de 2008, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; Corte Constitucional, Sentencia T-170/2009, de 18 de marzo de 2009, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. En la primera de ellas no se informa respecto de la posibilidad de reclamar ante las autoridades competentes un eventual daño a causa de la vulneración al derecho fundamental, pero sin duda alguna se hace patente la existencia de un daño consumado.

¹⁵² Corte Constitucional, Sentencia T-388/2009, de 28 de mayo de 2009, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

¹⁵³ Corte Constitucional, Sentencia T-988/2007, de 20 de noviembre de 2007, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; Corte Constitucional, Sentencia T- 585/2010, de 22 de julio de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

¹⁵⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-209/2008, de 28 de febrero de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; Corte Constitucional, Sentencia T-946/2008, de 2 de octubre de 2008, M.P. Jaime Córdova Triviño; Corte Constitucional, Sentencia T-841/2011, de 03 de noviembre de 2011, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

antecedente fundamental para las reclamaciones de responsabilidad relacionadas con el nacimiento, en tanto que independientemente de donde se proceda a establecer la ubicación del daño, el nacimiento del niño, ha constituido un factor fundamental en el análisis jurídico de dicha corporación, pues ha sido precisamente tal hecho natural el que ha servido para determinar la consumación o no del daño, que a su vez es el aspecto determinante para ordenar el resarcimiento en abstracto de los perjuicios causados.

Es posible concluir que han sido precisamente estas consideraciones las que han contribuido a acudir a la jurisdicción ordinaria a presentar reclamaciones judiciales relacionadas con la vulneración del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo, a causa de la conducta negligente tanto de los profesionales de la medicina y los centros asistenciales como de las empresas promotoras de salud. Reclamaciones que a su vez, pueden constituir las bases sobre las cuales fundamentar demandas de responsabilidad civil o patrimonial propias de las acciones “wrongful birth” y “wrongful life” en Colombia. Es importante hacer claridad que estos antecedentes que se han presentado en sede de tutela, son más propios de las demandas “wrongful conception”, toda vez que las características que encierran son afines a ellas, a pesar de que dicha corporación judicial no se haya referido expresamente a las mismas, ni a la idea de sentar un precedente al respecto. Lo que sí resulta indudable es que constituye un antecedente de gran importancia para este tipo de demandas en Colombia, y, por tanto, un precedente judicial significativo que permita crear una alternativa jurisdiccional adicional en favor de los afectados por conductas médicas negligentes, quienes por lo general no tenían otra opción más que lamentar la consecución del daño inferido.

4. MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL: LA ACOGIDA A NIVEL DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL DE ESTE TIPO DE PRETENSIONES

Hasta no hace mucho tiempo resultaba inconcebible si quiera pretender exigir responsabilidad civil a partir de un nacimiento, aun cuando este trajera como consecuencia la existencia de un niño enfermo. Los avances tecnológicos y científicos junto con su potencial globalizador, al igual que la legalización del aborto, han constituido la pieza clave para dar un vuelco a esta “idiosincrasia jurídica” existente a nivel mundial, que dicho sea de paso, aún se mantiene de manera muy arraigada en algunos sectores más conservadores. A partir de estos presupuestos científicos, y en parte sociales, fueron surgiendo de manera muy paulatina pretensiones de responsabilidad respecto de embarazos no deseados, irresponsables o incluso injustos, lesionando la facultad de autodeterminación de los padres.

Estados Unidos se convirtió en el país pionero en abanderar esta clase de acciones específicas de responsabilidad, en donde se postulaba el hecho de vivir como el punto de partida para el análisis de los presupuestos de responsabilidad civil. A pesar de ello, los distintos criterios que en su momento se utilizaron y fueron clave para desarrollar tanto a nivel jurisprudencial como doctrinal dicha teoría, no han sido suficientes para consolidarla, de tal manera que exista unidad de criterio al respecto y, como consecuencia, obtener un pronunciamiento concreto por parte del legislador en la regulación respecto de esta clase de pretensiones de responsabilidad. Tanto es así, que de manera muy excepcional el legislador ha tratado de zanjar el debate, prohibiendo

cualquier tipo de consideración a título de daño en el hecho de vivir, como sucedió en su momento en el Estado francés.

Resulta innegable, la sensación de afectación al sentimiento de justicia propio de los seres humanos cuando se tiene que aceptar por simple tradición o paradigma social, una serie de hechos o actos que a lo largo de los años se han venido consintiendo y, que a diferencia de antes, en la actualidad se cuentan con los elementos científicos y médicos para lograr evitarlos. El grado de aceptación y tolerancia de determinadas consecuencias infortunadas, producto de una prestación médica, también se ve alterado por el desarrollo de los avances científicos y médicos; y lo que en años anteriores era soportado y asumido por parte de los pacientes, en la actualidad no lo es ni mucho menos parecido, pues tal como lo referenciábamos en líneas anteriores, estos avances han elevado proporcionalmente el grado de pericia que los profesionales sanitarios deben ostentar y su grado de responsabilidad en las actuaciones. Ello también se ve reflejado en el contenido específico del concepto de justicia: lo que antes era justo, ya en la actualidad debido a las circunstancias de modo, tiempo y lugar dejó de serlo, siendo necesario exigir un grado mayor de atención y pericia por parte del médico tratante. Esta alteración en lo que hemos querido denominar aquí, el contenido específico del concepto de justicia, no puede ni debe pasar desapercibida por parte de los jueces, que son los encargados de garantizar la protección de los derechos que se encuentren conculcados o en inminente peligro de ser vulnerados. Todo esto, junto con la aceptación cada vez más generalizada del aborto, en algunos casos más que en otros, ha permitido la viabilidad de este tipo de reclamaciones y un cambio de mentalidad a la hora de examinar su compatibilidad con los presupuestos clásicos del instituto jurídico de la responsabilidad civil.

Lo anterior, se ha visto reflejado en la jurisprudencia no solo norteamericana, que como ya hemos mencionado ha sido en gran parte el artífice de esta evolución, en lo que se entendía por el derecho de responsabilidad o Derecho de daños de manera tradicional, sino también en la relativa a otros países que de igual manera se han querido pronunciar respecto de este tipo de demandas, en muchos casos permitiendo su configuración y en algunos otros descartándola. Su admisibilidad por parte de la doctrina y jurisprudencia internacional, ha significado un gran avance y una ampliación en el carácter cualitativo del instituto de la responsabilidad civil, permitiendo incluir dentro de su catálogo reclamaciones relacionadas con el hecho de vivir. Este ha sido el caso de algunos países como Francia, Reino unido, Alemania, España, Holanda, Bélgica, que se han visto alcanzados por esta evolución que en cierto modo ha experimentado el derecho de responsabilidad.

Es importante efectuar un análisis superficial en cuanto al tratamiento normativo y jurisprudencial que se le ha dado en algunos de estos países a las reclamaciones mencionadas, así como verificar cuál ha sido la postura que a nivel doctrinal se ha venido manejando respecto de su aceptación, toda vez que a partir de aquí se puede pretender realizar un análisis más completo en cuanto al estudio de este tipo de demandas.

4.1 Estados Unidos de América

El activismo judicial que ha caracterizado a los Estados Unidos no ha pasado desapercibido en lo relacionado con las demandas “wrongful conception”, “wrongful

birth” y “wrongful life”, sino muy por el contrario, ha propiciado en grandes proporciones su reconocimiento incluso por parte de la jurisprudencia extranjera.

Es precisamente en los Estados Unidos de América en donde surgen las primeras inquietudes jurídicas respecto de pretensiones de responsabilidad relacionadas con el inicio de la vida.

Las reclamaciones “wrongful conception” son las que en alguna medida allanan el camino para la proliferación de nuevas demandas judiciales en las que se cuestiona el nacimiento de un niño o las consecuencias que de ello se derivan. Estos requerimientos presentados inicialmente aunque desestimados por argumentos poderosos que se utilizaban en su contra como “la doctrina de la bendición” o “la imposibilidad de colocarle precio a la sonrisa de un niño”, se produjeron en el marco de procesos de esterilización por la práctica negligente del mismo, y empezaron a poner en jaque la gestión profesional del médico en la realización de este tipo de actividades.

Es de destacar otro antecedente igualmente importante en lo relativo a este tipo de demandas pero más encaminado a las pretensiones de responsabilidad “wrongful birth” y “wrongful life”, de hecho, en los Estados Unidos este caso constituyó su primer antecedente. Nos referimos específicamente al caso *Gleitman v. Cosgrove* (1967), el cual se trata de una acción “wrongful birth” y “wrongful life” tramitada conjuntamente, interpuesta por la señora Gleitman en contra de sus médicos ginecólogos Dr. Cosgrove y Dr. Dolan. Lo anterior, en razón a la conducta negligente de estos al asegurarle en reiteradas oportunidades a la paciente que la enfermedad infecto-contagiosa que padeció (rubeola) durante los primeros meses de embarazo no afectarían ni le dejarían secuelas al niño, sin embargo, el niño al nacer experimenta lesiones graves relacionadas con dicha enfermedad.

El argumento de la demanda de responsabilidad se basaba en que de haberse conocido los riesgos de lesión o malformación que corría el feto con la existencia de la enfermedad de la gestante, se habría acudido a un médico especialista que le practicase un aborto. No obstante lo anterior, la Corte de Nueva Jersey se basó en dos razones específicas para denegar la demanda presentada tanto en interés propio como del niño con malformaciones: i) la dificultad de calcular o tasar los daños causados tanto a la madre como al niño, en razón a la imposibilidad que existía respecto de la realización de una comparación entre el estado de salud menoscabado y la no existencia, así como de resolver el interrogante de ¿cómo cuantificar los daños derivados de ser padre de un niño enfermo? ii) se estableció la consideración de que aun cuando los daños fueran calculables, supuesto al que siempre le restó validez, la protección del bien jurídico “vida” impedía correlativamente la imposición de cualquier condena a título de resarcimiento. A pesar de la negativa a acceder a este tipo de pretensiones, y del esfuerzo por parte de algunos tribunales judiciales norteamericanos por evitar la proliferación de acciones de este tipo, como en su momento sucedió con el caso *Zepeda v. Zepeda*, resultó inevitable la presentación de posteriores demandas en este sentido, las cuales alguna de ellas fueron convalidadas y acogidas por parte de los Tribunales, creando así una ampliación cualitativa del derecho de responsabilidad, en la que se empezaba a permitir en determinados supuestos las pretensiones de responsabilidad relacionadas con el inicio de la vida o el hecho de vivir.

El caso *Custodio v. Bauer* (1967) constituye otro antecedente importante en la evolución de este tipo de reclamaciones de responsabilidad, máxime si tenemos en cuenta que se trata de una de las primeras demandas que son estimadas por parte de los Tribunales judiciales norteamericanos. Si bien en el presente asunto se exterioriza una pretensión de responsabilidad “wrongful conception”, las determinaciones de la Corte de Apelaciones de California respecto de la aceptación de condenas de resarcimiento por este tipo de conceptos, contribuían de manera satisfactoria en la aceptación de estos nuevos tipos de daños. En estos casos, se venía manejando la doctrina de la vida como una bendición o un bien que impedía necesariamente cualquier pretensión de resarcimiento, no obstante, en este fallo se establecen algunos límites importantes a esta doctrina, manifestando que no en todos los casos el nacimiento constituye un beneficio. El Tribunal condenó al ginecólogo de la señora Berdella Custodio por haber practicado de manera negligente el procedimiento de esterilización de ligadura de trompas y permitir como consecuencia el nacimiento de un décimo hijo que no era objeto de consentimiento por parte de sus padres. La condena imponía a cargo del demandado el pago de todos aquellos costos de crianza que supusiera la vida del niño, pero dejando en claro que la reparación no obedecía al nacimiento del niño *per se* sino al perjuicio patrimonial que se le había causado a los padres por permitir la concepción de otro hijo más.

En este devenir de corrientes argumentativas es solo hasta 1977 cuando algunos Tribunales norteamericanos, en lo que concierne a las demandas “wrongful birth” y “wrongful life”, empiezan a estimar las pretensiones indemnizatorias relacionadas con el nacimiento defectuoso de un niño. Nos referimos específicamente al caso *Park v. Chessin* en Nueva York¹⁵⁵, en donde curiosamente también se presenta de manera conjunta estos dos tipos de demandas de responsabilidad. El asunto se refería a la demanda interpuesta por parte de una niña y sus padres en contra del médico tratante, por la información errónea suministrada al paciente en el marco de un diagnóstico preconcepcivo, lo cual tuvo como consecuencia infortunada el nacimiento de una niña con una enfermedad poliquística de riñón.

Por otra parte, en 1979 la Corte Suprema de Nueva Jersey efectúa un pronunciamiento muy interesante en lo referente a estas reclamaciones, en el caso *Berman v. Allan*¹⁵⁶, y modifica su propia jurisprudencia revocando parcialmente la decisión de primera instancia que fallaba de manera favorable a los médicos que fungían como demandados dentro del respectivo proceso; manifestando que si bien no se podía considerar acertada la pretensión “wrongful life”, en razón a la imposibilidad de efectuar una comparación entre la vida defectuosa y la no existencia, no resultaba ajustado a derecho que en lo referente a la petición “wrongful birth” esta fuera rechazada. La Suprema Corte fundamentó su decisión en que resultaba razonable conceder indemnización por la angustia, el sufrimiento mental y emocional que les generó a sus padres el estado de salud de su descendencia. En este sentido, valora que en atención al

¹⁵⁵ Es necesario señalar que más tarde la Corte de apelaciones de Nueva York, en el caso *Becker v. Schwartz*, corrige esta línea argumental rechazando la viabilidad de las acciones “wrongful life”.

¹⁵⁶ El asunto se refería al nacimiento de una niña con defectos congénitos (síndrome de Down) en ocasión a la negligencia de los médicos Ronald Allan y Michael Attardi al no suministrar información respecto de la existencia de pruebas diagnósticas prenatales que hubieran revelado la existencia de dichas malformaciones congénitas. Pruebas prenatales que estaban plenamente indicadas pues la gestante tenía 38 años de edad durante el proceso de embarazo, lo cual lo calificaba como un embarazo riesgoso.

trascendental caso *Roe v. Wade*¹⁵⁷ en la que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos confiere el derecho a la mujer a abortar, hasta ese momento prohibido en muchas legislaciones de los distintos Estados de aquel país, se modificaba el criterio sostenido al respecto, y que gracias al mismo en los Estados Unidos era posible proceder a la realización del aborto y por tanto la conducta de los médicos al no informar sobre la prueba de la amniocentesis, conculcó la posibilidad de que los padres tomaran una decisión informada, que muy probablemente era de proceder al aborto.

Lo propio ocurre en el caso *Curlender v. Bio-science Laboratories* (1980), en donde al parecer la consolidación de la vida como un efecto potencial causante de lesiones parece acentuarse. Se reclama “wrongful life” por los daños causados a una niña –Shauna Tamar Curlender- que había nacido con una enfermedad genética de gravedad, denominada “Tay-Sach”. Este tipo de patologías hereditarias vienen acompañadas de retrasos mentales, convulsiones, aletargamiento, falta de concentración, pérdida de funciones motoras, atrofas musculares, la ceguera y susceptibilidades a otras enfermedades; por si fuera poco, la esperanza de vida de la menor no era mayor de cuatro años.

En este asunto, la Corte de Apelación de California previa acreditación de la conducta negligente de los demandados al proferir diagnóstico preconceptico erróneo en lo relativo a la posibilidad de transmisibilidad del gen de la enfermedad del “Tay-Sach”, reconoció la existencia de un deber de los profesionales que representaban al laboratorio demandado, frente al feto, y aceptando la consideración del concepto de “wrongful life”, bajo el entendido de que si bien no se podía hablar de un derecho a no nacer, sí tenía un derecho a ser resarcido por los sufrimientos y aflicciones morales que los efectos de la enfermedad le hubieren proporcionado al afectado, así como por los demás gastos económicos que a causa de su nacimiento se hubiesen generado. Es importante destacar que en el Estado de California se ha venido manejando cierta consideración de interés y que sin duda alguna influyó de manera importante en la resolución del referido asunto, y es que aun en los casos en que los niños no se encuentren en condiciones de declarar y describir el dolor y sufrimiento que estos padecen, de las circunstancias concretas es posible presumir su existencia. Esto choca con algunas consideraciones existentes en las que parten de la base de que no se puede hablar de la existencia de daño moral, si identificamos este como el dolor y sufrimiento por el hecho de vivir, en aquellos casos en que las enfermedades son de tal gravedad que el niño no es capaz de percibir su situación dañada, un ejemplo de dicha situación pueden ser los estados de coma, en donde la situación de inconciencia hace que no sea posible experimentar dicho sufrimiento¹⁵⁸.

El caso *Turpin v. Sortini* (1982) contribuye de manera importante en la consolidación de la doctrina de las demandas “wrongful birth” y “wrongful life” en materia de responsabilidad civil, pues aunque en el caso concreto se demandó en concepto de este último, los pronunciamientos del alto tribunal fueron muy tenidos en

¹⁵⁷ Este caso tuvo significativa importancia en los Estados Unidos de América, pues a partir de él se da el reconocimiento oficial de un derecho a abortar -cabe destacar que más adelante, en otro pronunciamiento la Suprema Corte le quita tal categoría aunque defiende su protección constitucional- ordenando la modificación de las legislaciones estatales que conculcaban el mismo, pero dándole cierta libertad teniendo en cuenta unos mínimos para que regularan su práctica.

¹⁵⁸ MACÍA MORILLO, Andrea, *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales. Las llamadas acciones de Wrongful birth y Wrongful life*, op.cit, pp. 446-447; VICENTE DOMINGO, Elena, *Los daños corporales: tipología y valoración*, Bosch, Barcelona, 1994, pp. 193-195.

cuenta para este tipo de demandas en general. En California se continuó con la línea argumentativa manejada en lo referente a estos supuestos, en este caso el pronunciamiento le correspondió a la Suprema Corte de California, quien en efecto, estimó las pretensiones de los demandantes sobre la base de la existencia de una conducta negligente por parte de los profesionales médicos, la cual consistió en no informar respecto de la sordera total hereditaria que padecía el primer hijo de los progenitores, dando como consecuencia el nacimiento de un segundo hijo que sufrió la misma patología genética. Sin embargo, en este pronunciamiento se realizó un matiz importante, que dicho sea de paso, más adelante viene a constituir el nacimiento de dos corrientes argumentativas a tal efecto, no solo para las demandas “wrongful life” sino también para las “wrongful birth”¹⁵⁹. Así pues, se limitó la indemnización conferida solo a los gastos económicos ocasionados exclusivamente por la enfermedad y no a aquellos relativos al nacimiento *per se* del niño, lo que el Tribunal en sus propias palabras denominó los “special damages”.

Cabe destacar, por tanto, que este tipo de demandas se han presentado con relativa periodicidad en los distintos Estados de los EE.UU., desde finales de los años 60, obteniendo resultados satisfactorios en algunos territorios y rechazos en algunos otros. El éxito de este tipo de reclamaciones al parecer se ha concentrado en mayor medida en las pretensiones “wrongful birth”, pues los Tribunales encuentran menores obstáculos bien de orden jurídico bien de orden ético para conceder indemnizaciones a causa de los daños que supone el nacimiento no deseado, o afectado con malformaciones que no fueron informadas en su momento. Sin embargo, tal como hemos tenido la oportunidad de analizar, se han presentado excepciones en ese sentido que al parecer cada vez más tienden a solventar los mencionados obstáculos en pro de tutelar en mayor medida los bienes jurídicos de los afectados.

En términos generales, la mayoría de los Tribunales de los EE.UU. en lo que respecta a las demandas “wrongful birth” han sido objeto de declaraciones estimatorias¹⁶⁰, máxime si tenemos en cuenta que a partir de 1973 en el referenciado asunto *Roe v. Wade*, se confirió la posibilidad de interrumpir de manera voluntaria el

¹⁵⁹ Algunos autores están de acuerdo con limitar la indemnización a los gastos económicos derivados exclusivamente de las anomalías genéticas o congénitas que sufra el niño, otros por su parte coinciden en indemnizar la totalidad de los gastos que genera el nacimiento del niño. Dentro de los primeros encontramos autores como: DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo, “Diagnósticos genéticos y prenatales y responsabilidad (Parte II)”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, No. 5, 1996, pp. 153-154; EMALDI CIRION, Aitziber, op.cit. pp. 237-238; DOBBS, Dan, *The law of torts*, West Group, St. Paul, Minnesota, 2000, p. 794-796; MACÍA MORILLO, Andrea, *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales. Las llamadas acciones de Wrongful birth y Wrongful life*, op.cit. pp. 459-462; COLLINS, Elizabeth “An overview and analysis: prenatal torts, preconception torts, wrongful life, wrongful death, and wrongful birth: time for a new framework”, *Journal of family law*, 1983-1984, 22 (4), p. 707; entre algunos otros. Apoyando la segunda línea argumentativa se encuentran: PANTALEON PRIETO, Fernando, op.cit. pp. 269-270; FISCHER, Gerfried, *Wrongful life Haftung für die Geburt eines behinderten Kindes-BGHZ 86*. Tomado de MACÍA MORILLO, Andrea, *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales. Las llamadas acciones de Wrongful birth y Wrongful life*, op.cit. pp. 401; JUNKER, Claudia “Pflichtverletzung, Kindesexistenz und Schadensersatz. Wrongful life, Wrongful birth, Wrongful pregnancy, Wrongful adoption & Wrongful parenthood”. Tomado de MACÍA MORILLO, Andrea, *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales. Las llamadas acciones de Wrongful birth y Wrongful life*, op.cit. pp. 401.

¹⁶⁰ No obstante lo referenciado, existen Estados que prohíben expresamente las demandas “wrongful birth” y “wrongful life”. Tales son los casos de Estados como: Dakota del Sur, Indiana, Minnesota, Missouri, Michigan, Pennsylvania, Arizona, Idaho y Utah.

proceso de embarazo, sin que por ello, pueda decirse que existe unanimidad en lo relativo a la tasación de la indemnización, pues las disparidades resultan ostensibles.

Más recientemente, en el año 2012 se presentó un nuevo fallo en el caso *Levy v. Jenkins*, en el Estado de Oregon, en Portland, en donde se ordenó el pago de US \$2.900.000 a título de indemnización por los perjuicios de orden material que se le habían causado a los padres de una niña que había nacido con síndrome de down (“wrongful birth”). Lo anterior, en virtud de la actuación médica negligente durante la atención prestada a la señora Levy en su proceso de embarazo, en tal forma que se identificaron irregularidades en la toma de muestras de los elementos necesarios para llevar a cabo los diagnósticos prenatales de rigor, lo cual imposibilitó identificar malformación alguna en el feto. En el fallo judicial se reconocen exclusivamente los perjuicios materiales que se le ocasionan a los padres respecto de los gastos extraordinarios relativos a la enfermedad de la menor, sin referirse en ningún caso al dolor o sufrimiento que pudieran llegar estos a experimentar por el estado de ella. La suma de dinero se tasó teniendo en cuenta la expectativa de vida de la niña que se estableció en los cincuenta años de edad.

De otro lado, en lo concerniente a las demandas “wrongful conception”, se puede manifestar que estas también han gozado de cierta tendencia estimatoria en los Tribunales norteamericanos, sin embargo, no ha existido un claro consenso en cuáles son los daños que deben ser permitidos. Esto se ha traducido en la aceptación general de esta clase de demandas pero variando de manera significativa los daños que en virtud de dicha conducta negligente deben ser resarcidos¹⁶¹.

Es importante resaltar que también existe un sector significativo en los Estados Unidos que desde un principio se ha caracterizado por rechazar de manera enfática la procedencia de este tipo de acciones de responsabilidad, pues se estima que contravienen las políticas públicas, las disposiciones normativas que protegen celosamente el bien jurídico de la vida, pero sobre todo porque el argumento utilizado para solicitar este tipo de acciones no logra ser suficiente para desvirtuar la idea de que dichos daños son compensados con el beneficio inestimable de ser padre¹⁶². En este sentido, se pronuncia de manera específica el Tribunal Supremo de Wisconsin que señala que el nacimiento de un niño no puede ser catalogado en ninguna medida como daño, ni como causa del mismo, pues este provoca a su vez una serie de beneficios intangibles que compensan de manera suficiente cualquier molestia que este pudiera causar¹⁶³.

¹⁶¹ Algunos casos en los que se manifiestan estas disconformidades son: *Custodio v. Bauer*, 251 Cal. App. 2d 307 (1967); *Troppi v. Scarf*, 31 Mich.App 240 187 NW2d 511, 514 (1971); *Hackworth v. Hart*, 474 S.W.2d 377 (1971); *Ziembra v. Sternberg*, 45 App.Div.2d 230 (1974); *Cox v. Stretton*, 77 misc.2d 155 (1974); *Stills v. Gratton*, 55 Cal. App. 3d 698 (1976).

¹⁶² Alguno de los casos en que se rechazaron este tipo de acciones: *Christensen v Thornby*, 192 Minn. 123, 125-126 (1934); *Shaheen v. Knight*, 11 Pa. D. & C.2d 41 (1957); *Ball v Mudge* (1964); *Stewart v Long Island Col-lege Hospital*, 27 N.Y.2d 804 (1970); *Hays V. Hall*, 477 S.W.2d 402 (1972); *Terrel v. Garcia*, 496 S.W.2d 124(1973) *Rieck v Medical Protector*, 219 N.W.2d 242 (1974).

¹⁶³ Al respecto señala dicho Tribunal: “Every child's smile, every bond of love and affection, every reason for parental pride in a child's achievements, every contribution by the child to the welfare and well-being of the family and parents, is to remain with the mother and father. For the most part, these are intangible benefits, but they are nonetheless real” *Rieck v. Medical protector*, 219 N.W.2d 242 (1974).

En concreto, en EE.UU se han optado por tres alternativas diferenciadas para este tipo de demandas:

La primera de ellas, rechaza de manera enfática estas reclamaciones sobre la base de que los daños resultan inexistentes, inadecuados, o en su defecto, incapaces de ser objeto de medición¹⁶⁴. Su eventual aceptación además alteraría de manera irrazonable el orden público e iría en contravía de la “doctrina de la bendición” y de las políticas públicas estatales. Por otra parte, quienes defienden esta alternativa sostienen que el argumento referido a los beneficios de la paternidad constituye un obstáculo insuperable para pretender algún tipo de reparación “wrongful conception”, puesto que los beneficios y ventajas obtenidas por los padres con el nacimiento de un niño siempre son mayores a las cargas que podría implicar.

La segunda alternativa se refiere a la aceptación de manera condicionada de las pretensiones “wrongful conception”. Se parte de la consideración de que resulta inviable indemnizar por concepto de daños patrimoniales derivados de los gastos que surgen con ocasión del nacimiento del niño. Limitándose, en consecuencia, a aquellas indemnizaciones que se refieran a daños que no se relacionen de manera directa con la vida de este. Por ejemplo, el menoscabo patrimonial derivado de las erogaciones pecuniarias en que pudo haberse incurrido en virtud de un proceso de esterilización fallida y de los gastos médicos prenatales y postnatales en virtud del proceso de embarazo de la mujer¹⁶⁵. De manera excepcional, se autorizan indemnizaciones a título de ayudas económicas referidas a la educación y alimentos del niño no deseado, pero limitadas en todo caso a la regla de la compensación (offset rule), que tiene por objeto compensar los daños ocasionados con los posibles beneficios que probablemente puedan proporcionar los hijos a los padres a lo largo de su vida¹⁶⁶.

La tercera alternativa se fundamenta en la aceptación general de este tipo de demandas, concediendo indemnizaciones bien por daños patrimoniales, bien por daños morales, de conformidad con los principios tradicionales de la institución jurídica de la responsabilidad civil. Configurando como perjuicios, todo lo que ha sido originado a causa de la conducta negligente practicada por parte del profesional médico. Por tal motivo, los gastos relativos a la atención médica necesaria para el proceso de embarazo, a la educación, a la crianza, así como todos aquellos que se deriven de la existencia de un niño, fungen como consecuencia directa de la actuación médica.

En lo que respecta a las demandas “wrongful life”, la situación no resulta tan positiva, de hecho, la mayoría de los Tribunales judiciales de los Estados se oponen a su aceptación trayendo como consecuencia el rechazo sistemático de este tipo de demandas en atención a la dificultad que encierra acreditar la existencia de un daño en el hecho mismo de vivir o de experimentar la existencia. No obstante lo anterior, existen algunos

¹⁶⁴ En este mismo sentido. BRAVERMAN, Philip, op.cit, p. 428.

¹⁶⁵ Véanse los casos. Coleman v. Garrison, 349 A.2d 8 (1975); Boone v. Mullendore 416 So. 2d 718 (1982).

¹⁶⁶ El Tribunal de Michigan en el caso Troppi v. Scarf también se pronunció sobre la dificultad de calcular los beneficios especulativos que supone el ser padres, sin embargo, manifestó que similares cálculos se habían realizado con anterioridad en los supuestos de homicidios culposos cuando se busca indemnizar a los familiares por la muerte injusta del ser querido, con la diferencia que en esos cálculos el objeto de los análisis son los daños y los perjuicios causados y no los beneficios intangibles. Troppi v. Scarf, 31 Mich.App 240 187 NW2d 511, 514 (1971).

Estados como California, Colorado, Nueva Jersey, Washington, y Maine¹⁶⁷, en los que en variadas ocasiones se han mostrado a favor de este tipo de demandas. Sin embargo, en la totalidad de los casos ninguno de ellos se ha atrevido a identificar la vida como el daño por el cual se deba indemnizar, de modo que se parte de la idea de que este hecho “per se” no constituye el perjuicio que experimentan los afectados con la conducta médica, identificando el menoscabo en hechos o situaciones que surgen a raíz de la existencia en tales circunstancias. Así, muchos autores norteamericanos han coincidido en señalar que el daño que por excelencia se manifiesta en estas reclamaciones hace referencia al desmedro patrimonial que implica una vida defectuosa, perjuicio que está llamado a ser solventado por quien lo ha propiciado. De igual manera, aunque en menor medida, algunos se han animado a identificar el dolor y sufrimiento que padece el niño debido a su condición enferma como un daño moral indemnizable, esto evidencia que aun en aquellos supuestos en los que se ha optado por autorizar este tipo de reclamaciones judiciales se ha separado de manera interesante el daño del hecho mismo de vivir o experimentar la vida, tratando de evitar o eludir en cierta medida las dificultades que implica catalogar la vida humana como un daño en sí mismo.

Como un ejemplo reciente podemos encontrar el caso *Mejía & Santana v. Morel & OB/GYN Specialists of the Palm Beaches* (2011), en el cual el Tribunal de Primera Instancia del Condado de Palm Beach, en Florida, reconoce una reclamación “wrongful life” en la que se ordena pagar a título de indemnización por los daños patrimoniales generados, la suma de US \$4.500.000; los cuales a su vez servirán de ayuda económica para solventar los gastos extraordinarios relacionados con la malformación del niño durante su vida o expectativa de ella -la cual se fijó en 70 años de edad-, tales como las futuras operaciones, las prótesis, las rehabilitaciones, asesoramientos psicológicos, entre otros gastos necesarios. Vale destacar, que en las consideraciones del Tribunal no se identifica a la vida o al hecho de vivir como el daño en sí mismo, sino que se ubica en las consecuencias de orden económico que lleva consigo dicha existencia.

Esta tendencia jurisprudencial revela en gran medida el esfuerzo por parte de algunos Estados en tratar de encontrar una solución satisfactoria a la problemática que plantean los obstáculos de orden ético o religioso en la aceptación de este tipo de pretensiones de responsabilidad; otorgando un mayor grado de garantías a las personas que se vean afectadas por conductas médico-asistenciales negligentes y que deben soportar una serie de daños tanto de orden patrimonial como inmaterial como consecuencia directa de las mismas.

4.2 Alemania

Algunas reclamaciones judiciales relacionadas con el hecho de vivir “wrongful conception” – “wrongful birth” – “wrongful life” son actualmente reconocidas por parte de los Tribunales Judiciales Alemanes, sin embargo, dicha aceptación ha pasado por el desarrollo de teorías que han contribuido a hacer más compatible la naturaleza de este tipo de demandas con el ordenamiento jurídico de aquel país. Cabe destacar, por tanto, que el tratamiento jurídico que reciben estas reclamaciones revisten importantes particularidades que considero oportuno resaltar aquí.

¹⁶⁷El Estado de Maine prohíbe de manera expresa las demandas “wrongful conception”.

Analizando la tendencia de los casos estudiados por parte de la jurisprudencia y doctrina alemana, es razonable llegar a la conclusión que las demandas “wrongful conception” son las que han centrado la atención general de los estudiosos del derecho. Quizás en parte por la consideración general existente en Alemania en la que el estado de salud del niño nacido ocupa un segundo plano, a diferencia de lo que ocurre en los demás países, y es la consideración del carácter “deseado o no deseado” lo que viene a ocupar el primer plano en el estudio de estas reclamaciones. Así las cosas, no siempre se distingue entre los casos de niños sanos y niños discapacitados, pues se parte de la consideración de que en ambas se produce un nacimiento no deseado.

No obstante lo anterior, las demandas “wrongful birth” y “wrongful life” también han sido, aunque en menor medida, objeto de estudio por parte de la jurisprudencia y la doctrina, específicamente a partir de los años 80, donde estas se empezaron a presentar sobre la base de la autorización excepcional del aborto. La mayoría de los Tribunales judiciales han venido autorizando las reclamaciones “wrongful birth”¹⁶⁸ equiparándolas en gran medida a las de “wrongful conception”, sin llegar a realizar mayores distinciones entre ellas. Por este motivo, es muy común que en la doctrina y en la jurisprudencia se les haya tratado de manera conjunta sin querer incidir en alguna diferenciación sustancial entre ellas¹⁶⁹.

Las demandas “wrongful conception” son las que inicialmente se presentan ante los Tribunales judiciales alemanes, permitiendo que a partir de su estudio la jurisprudencia alemana haya comenzado a sentar sus consideraciones al respecto y a crear una línea argumentativa determinada, que valga destacar, se ha caracterizado por ser autónoma y poco influenciada por parte de otros países.

El primer caso de interés, y que podría decirse constituyó la base conceptual de la jurisprudencia posterior, surge a partir de los años 60, específicamente en 1968, cuando en virtud de la actuación negligente de un profesional farmacéutico que suministra al demandante pastillas para la atención médica estomacal, cuando en realidad lo que se había prescrito por el médico tratante era el suministro del medicamento anticonceptivo denominado “eugynon”, se lleva a cabo el nacimiento del sexto hijo sano del paciente. En este asunto, el Tribunal judicial condenó al farmacéutico negligente y ordenó el pago a título de indemnización por daños y perjuicios causados al demandante; concediendo a

¹⁶⁸ No obstante, existen algunas sentencias que niegan este tipo de reclamaciones en razón a la inobservancia de algunos requisitos necesarios para su concesión. Véase. BGHZ de 4 de diciembre de 2001, *VersR*, 2002, p. 233. En términos similares, pero en el marco de una reclamación “wrongful conception”, la sentencia del BGH de 15 de febrero de 2000, en la cual se niega la reclamación por los costes de crianza del niño, toda vez que la actividad médica se realizó en virtud de una consulta ortopédica que no tenía nada que ver con la atención de un eventual embarazo. BGH de 15 de febrero de 2000, *NJW* 2000, 1782.

¹⁶⁹ En la doctrina no efectúan ninguna distinción entre los casos de niños sanos y enfermos: PICKER, Eduard, *Schadensersatz für das unerwünschte Kind. Medizinischer Fortschritt als zivilisatorischer Rückschritt?*. Tomado de MACÍA MORILLO, Andrea, *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales. Las llamadas acciones de Wrongful birth y Wrongful life*, op.cit. pp. 137; WEBER, Dieter, *Arzthaftpflicht für Nachkommenschaftsschaden?*. Tomado de MACÍA MORILLO, Andrea, *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales. Las llamadas acciones de Wrongful birth y Wrongful life*. En la jurisprudencia el tratamiento en la mayoría de los casos también es indistinto. Véase las sentencias. BGHZ de 11 de mayo de 1971, *NJW* 1971, p.1883; BGHZ de 18 enero de 1983, *JZ*, 1983, p. 447; BGH de 19 de junio de 1984, *NJW* 1984, p. 2625; BGH de 16 noviembre 1993, *NJW* 1994, p. 788; BGH de 27 de junio de 1995, *NJW* 1995, p. 2407; BGH de 18 de junio de 2002, *NJW* 2002, p. 2636.

favor de los padres un pago periódico mensual por los gastos de crianza del niño durante su minoría de edad¹⁷⁰. A partir de esta sentencia surge un incremento significativo de pronunciamientos judiciales por parte de los Tribunales alemanes, los cuales en términos generales han venido aceptando este tipo de demandas de responsabilidad por considerar que a causa de una negligente actuación médica se han generado perjuicios susceptibles de ser resarcidos. Adicionalmente, esto ha venido provocando de manera correlativa un debate intenso entre la doctrina en torno a la aceptación de indemnizaciones a causa del nacimiento de descendencia no deseada, que incluso en la actualidad sigue existiendo sobre la mesa sin llegar a una línea argumentativa unánime que parcialice el asunto.

En términos generales, el “Bundesgerichtshof” (Tribunal Federal de Alemania) al comenzar a manifestarse respecto de la procedencia de estas reclamaciones acogió en gran medida la línea argumentativa que en aquellos años se venía desarrollando en los Tribunales de instancia y, que en consecuencia, ordenaban el pago a título de indemnización por los perjuicios acaecidos a causa de la conducta médica negligente. Así las cosas, este Tribunal judicial fue creando una serie de directrices y lineamientos conceptuales, que sin constituir un precedente para los demás tribunales, sí otorgaba cierto grado de uniformidad en las determinaciones al respecto, o al menos eso se pretendía.

En primer lugar, consideró que en determinados casos el nacimiento de un niño sano puede llegar a ser un evento que genere o cause una serie de daños, y que el objeto del daño no es en sí mismo el nacimiento del niño sino sus gastos de crianza. Por otra parte, exige que la negligencia médica que provoca el nacimiento del niño sano debe haber ocasionado un impacto económico importante en la planificación familiar de los padres, de tal manera que genere serias dificultades para la manutención del menor. La Corte señala que los móviles de los procedimientos de esterilización son vitales para la reclamación civil por daños en estos supuestos (*wrongful conception*), entiende que cuando la lesión que se pretendía evitar con dicho procedimiento médico es la que efectivamente se ha llevado a cabo debe surgir una obligación indemnizatoria, limitando solo a estos eventos las concesiones de indemnización por este tipo de supuestos¹⁷¹. Finalmente, en lo que se refiere a las demandas “*wrongful birth*” también se logra desprender de su jurisprudencia una conclusión fundamental que aquí precisamos importante manifestar. El BGH en términos generales ha sido partidario de utilizar para este tipo de demandas las mismas técnicas conceptuales elaboradas en el marco de las reclamaciones “*wrongful conception*”, de tal manera que sea posible solventar los obstáculos de orden jurídico, moral e incluso religioso que en principio podrían presentarse a este respecto.

La separación entre la existencia del niño y el daño causado a las víctimas (Teoría de la separación) : “*Trennungslehre*”, constituyó la clave para el desarrollo de estas demandas en Alemania. Desde las primeras consideraciones de los Tribunales se desprende una distinción, desde un punto de vista teórico, entre la mera existencia del niño, con independencia de su estado de salud, y los gastos que el mismo genera en virtud de los costos de mantenimiento que deben asumir los padres, calificando como daño este último, y no el nacimiento, ni mucho menos la existencia “*per se*” del niño. En todo caso, cabe destacar, que el daño se refiere, en principio, al detrimento patrimonial

¹⁷⁰ Landsgericht Itzehoe 21 de noviembre de 1968, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, p. 90.

¹⁷¹ BGHZ de 22 de noviembre de 1983, *NJW* 1984, p. 655; BGHZ de 27 de noviembre 1984, *NJW* 1985, p. 671; BGH de 7 de julio de 1987, *NJW* 1987, 2923.

que experimentan los padres a causa de la manutención del niño, y no a detrimentos de carácter inmaterial, en los que la doctrina y jurisprudencia alemana se han caracterizado por ser algo reticente en lo relativo a su reconocimiento, limitando sus concesiones a casos especialmente excepcionales¹⁷². Esta teoría, como es de suponer, fue inicialmente desarrollada en el marco de las demandas “wrongful conception”, aun cuando ha sido la doctrina, gracias a la autorización de la jurisprudencia alemana tal como lo pusimos de manifiesto, quien se ha encargado por lo general de trasladar el debate que la misma ha supuesto al ámbito de las demandas “wrongful birth”, en parte también debido a las particularidades comunes que comparten este tipo de reclamaciones y a la tendencia que existe en aquel país de tratarlas conjuntamente¹⁷³.

Las tensiones que a lo largo de los años se han presentado en Alemania tanto en la doctrina como en la jurisprudencia respecto de la posibilidad de otorgar indemnizaciones a causa del nacimiento de un niño, no han dejado indiferente al Tribunal Constitucional Federal (Bundesverfassungsgericht). La sala segunda de esta corporación constitucional al examinar la cuestión de la despenalización del aborto, abordó de manera incidental esta problemática y rechazó la posibilidad de identificar el nacimiento de un niño como un daño y, en consecuencia, reconocer un crédito en este sentido, toda vez que dicha circunstancia menosprecia la dignidad humana y correlativamente el derecho a la vida del menor. Así mismo, se señaló que el reconocimiento a una indemnización en este sentido causaría un impacto negativo en la vida del niño y en su personalidad. Finalmente, señala como fundamento jurídico de los argumentos esgrimidos, el artículo 1 de la Constitución Alemana, el cual considera se encuentra lesionado con el reconocimiento de este tipo de demandas en general¹⁷⁴. No obstante lo anterior, el BGH continuó sosteniendo la línea argumental que venía promulgando y defendiendo: la procedencia de este tipo de indemnizaciones sobre la base de que son los costos de mantenimiento los que constituyen un menoscabo en los derechos de los afectados, es decir, los gastos que genera la crianza de un niño, y de ninguna manera dicho menoscabo o daño se puede identificar en la existencia del mismo.

La Sala Primera del Tribunal Constitucional Federal (Bundesverfassungsgericht) se pronunció al respecto zanjando en alguna medida dicha situación. La alta corporación señaló que los argumentos de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional no hacían parte de la “ratio decidendi” del fallo sino de la “obiter dictum”, por lo que el pronunciamiento que al respecto hizo dicha judicatura era susceptible de rechazo por parte de los demás Tribunales judiciales. Con base en ello, estableció que la dignidad humana, ni mucho menos, los derechos de los niños se veían lesionados con la concesión de créditos indemnizatorios por concepto de este tipo de demandas y, que por otra parte, la realización de procedimientos de esterilización en los que se basaba la gran mayoría de este tipo de reclamaciones, no se encontraban prohibidos por parte de la legislación de aquel país¹⁷⁵. En este orden de ideas, podríamos decir que dicho pronunciamiento significó una convalidación desde el punto de vista constitucional de la teoría de la

¹⁷² Véase las sentencias. BGHZ de 18 enero de 1983, JZ, 1983, p. 447; BGHZ de 11 de mayo de 1971, NJW 1971, p.1883.

¹⁷³ En lo que se refiere a las demandas “wrongful birth” algunos autores aceptan que, en el caso de un niño discapacitado, se pueda distinguir entre la vida y su coste, y, en consecuencia, indemnizar a los padres que no accedieron a la información suficiente para tomar la decisión de evitar la concepción o ejercer su facultad legal de interrumpir el embarazo, según sea el caso.

¹⁷⁴ BVerfGE de 28 de mayo de 1993, NJW 1993, p.1751.

¹⁷⁵ BVerfG de 22 octubre de 1997, NJW 1998, p. 523. Toda esta situación es ilustrada con detalle por. MACÍA MORILLO, Andrea, op.cit, pp. 337 y 338.

“Trennungslehre” tanto para las demandas “wrongful conception” como para las “wrongful birth”.

En el marco de las reclamaciones “wrongful birth” este tipo de tensiones también se ha evidenciado con gran intensidad, específicamente en lo que hace referencia al grado de extensión del daño indemnizable. Si bien existe la tendencia en reconocer el menoscabo patrimonial que sufren los padres debido a los costos relacionados con el nacimiento del niño, no es menos cierto que en la actualidad existe gran disparidad conceptual en lo que tiene que ver con la identificación de los daños indemnizables en este asunto. Algunos autores promueven la indemnización tanto por los costos de mantenimiento como por aquellos extraordinarios que se refieren únicamente a la enfermedad o malformación congénita. Por otra parte, existen quienes consideran que los daños indemnizables solo deben ser aquellos que se refieran a los gastos extraordinarios relativos a la enfermedad o malformación congénita y rechazar todo tipo de pretensiones que tengan como finalidad conceder indemnización por los costos ordinarios de manutención. Lo anterior, en razón a que en estos supuestos de hecho la concepción del niño es deseada, lo que indica que los padres han asumido los gastos normales derivados del nacimiento, pero no los extraordinarios relacionados con su enfermedad.

En lo concerniente a este aspecto en concreto, vale destacar que la jurisprudencia del BGH ha sido más uniforme¹⁷⁶ y ha optado por conceder tanto los gastos generales de mantenimiento como aquellos relativos a la condición enferma del niño, bajo el argumento de que es imposible dividir los gastos que este genera en ordinarios y extraordinarios, pues el niño existe o no existe¹⁷⁷. Adicionalmente, señala que los argumentos que buscan establecer dicha distinción vulneran sin lugar a dudas los postulados del artículo 1 de la Constitución Alemana¹⁷⁸.

De otro lado, es importante manifestar que las demandas “wrongful life” no han experimentado la misma suerte que las anteriormente mencionadas. Este tipo de demandas son especialmente rechazadas por parte de la jurisprudencia alemana. No es posible aseverar que el BGH y los Tribunales judiciales en general, hayan tenido muchas ocasiones de manifestarse al respecto, aunque de los lineamientos argumentales que esta Corporación ha venido esbozando, así como de las decisiones judiciales de los Tribunales de instancia, se logra determinar que la identificación de la vida como un daño no resulta admisible en ningún caso, ni aun en los casos de vida defectuosa o discapacitada; lo cual deja entrever la casi nula probabilidad de un cambio de tendencia jurisprudencial en el futuro.

El Tribunal Federal Alemán (Bundesgerichtshof) solo ha tenido la oportunidad de pronunciarse en el marco de estas reclamaciones una sola vez, la explicación de ello puede encontrarse en la baja demanda que envuelven las mismas en Alemania, toda vez que el rechazo a este tipo de pretensiones es particularmente notable.

¹⁷⁶ Excepcionalmente se han presentado algunos fallos por parte del Bundesgerichtshof en donde ha concedido la indemnización por el nacimiento de un niño con anomalías congénitas, limitándola a los daños extraordinarios relacionados con la discapacidad del niño. Véase la sentencia del Tribunal Alemán. BGHZ de 18 enero de 1983, JZ, 1983, p. 447.

¹⁷⁷ BGH de 16 noviembre 1993, NJW 1994, p. 788.

¹⁷⁸ Ibid. p. 792.

En aquella ocasión el Tribunal Federal desestimó las pretensiones de una reclamación en nombre de un niño que había nacido con determinadas patologías congénitas en ocasión a la enfermedad (rubeola) contraída por parte de la madre durante el proceso de embarazo. Esta enfermedad no fue diagnosticada a causa de la conducta negligente del demandado quien, en consecuencia, no advirtió en ningún momento a la madre sobre la existencia de dicha enfermedad. Las razones aducidas para la negativa a este tipo de demandas se basaban en la inexistencia por parte del profesional médico de un deber de prevenir el nacimiento de un niño discapacitado. Sostenía el alto tribunal que defender la existencia de tal deber podría inducir a la valoración de la vida humana, a considerar que la vida era susceptible de valoración económica, lo cual es rechazado desde todo punto de vista por el Tribunal Federal Alemán¹⁷⁹.

En términos generales, la doctrina también se ha pronunciado en el mismo sentido que la jurisprudencia alemana rechazando la procedencia de este tipo de reclamaciones tanto en el ámbito contractual como extracontractual, por considerarlas denigrantes para la vida y la dignidad humana. Desde el ámbito contractual, que dicho sea de paso, es el marco en el que la mayoría de este tipo de acciones de responsabilidad médica (“wrongful conception”, “birth” y “life”) se presentan en Alemania, como en algunos otros países, no se logra determinar un deber por parte del médico frente al niño, desvirtuando la posibilidad de una demanda frente a aquel. En lo referente al ámbito extracontractual la doctrina también manifiesta su desacuerdo al respecto, entienden que no existe daño indemnizable alguno en que se fundamente la acción legal, pues la vida humana, base para este tipo de reclamaciones, incluso en condiciones gravemente defectuosas constituye un bien jurídico susceptible de protección legal y no un menoscabo en la integridad física o psíquica de su titular¹⁸⁰.

No obstante lo anterior, existe una línea interpretativa, aunque minoritaria, que ve con buenos ojos la posibilidad de conceder indemnizaciones a través de este tipo de reclamaciones judiciales en favor del niño afectado. Desde esta óptica, la indemnización en virtud de este tipo de demandas se fundamenta en el incumplimiento del deber del profesional frente al *nasciturus*¹⁸¹, e incluso en la violación de un particular derecho “a no nacer”, el cual se manifiesta como un derecho de la personalidad potencial del niño¹⁸².

4.3 Reino Unido

La aceptación de este tipo de reclamaciones judiciales ha sido un poco problemática tanto en la jurisprudencia como en la doctrina, esto se evidencia en la autorización tardía de las mismas por parte de los Tribunales si tenemos en cuenta la experiencia de los demás Estados que se animaron a su reconocimiento. Cabe destacar, por tanto, que su autorización no ha sido unánime, al parecer no ha existido mucha preocupación por edificar una teoría conceptual respecto de este tipo de demandas a

¹⁷⁹ BGHZ de 18 enero de 1983, JZ, 1983, p. 447. Para una visión más general véase. GIESEN, Ivo, “The Use and Influence of Comparative Law in Wrongful life cases, *Utrecht Law Review*, Vol. 8, (2), Mayo, 2012, p. 39.

¹⁸⁰ MACÍA MORILLO, Andrea, op.cit, p. 138.

¹⁸¹ Ibid. p. 138.

¹⁸² Este autor ha venido sosteniendo esta polémica teoría de un eventual derecho a no nacer. DEUTSCH, Erwin, “Das Kind oder sein Unterhalt als Schaden. Eine methodische Grundfrage des geltenden Rechts”. Citado por, MACÍA MORILLO, Andrea, *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales. Las llamadas acciones de Wrongful birth y Wrongful life*, op.cit. pp. 424 y 425.

partir de la cual los demás tribunales e incluso la misma doctrina puedan desarrollar consideraciones adicionales y uniformes que contribuyan a una consolidación del derecho de responsabilidad médica.

Es importante resaltar que la mayoría de los autores que han venido tratando este tema coinciden en autorizar las reclamaciones judiciales presentadas por los padres en el marco de una actuación médica negligente, restándole mayor importancia al contexto contractual o extracontractual en el que se desarrolla la actividad en cuestión. Lo cual parece ir secundado por la jurisprudencia inglesa, quien en más de una ocasión ha puesto de manifiesto que el contexto en el que se desenvuelvan este tipo de demandas no incide en una variación de los postulados teóricos inherentes a las mismas.

Al igual que en la mayoría de los Estados, las reclamaciones “wrongful conception” son las que primigeniamente ocupan la atención de los tribunales judiciales en el Reino Unido. Sin embargo, dicha atención se sigue concentrando en la actualidad en este cúmulo de reclamaciones, reflejando un interés escaso por no decir nulo, en el análisis del resto de demandas, quizás como consecuencia directa de la baja incidencia práctica de las reclamaciones “wrongful birth” y “wrongful life” en aquel país.

Alguno de los primeros asuntos que tuvieron lugar en las Cortes inglesas en lo concerniente a este tipo de demandas se remontan a los años 70's. Conviene destacar el caso *Sciuriaga v. Powell*¹⁸³, el cual se trataba del nacimiento de un niño sano a causa de la práctica negligente de un procedimiento de interrupción de embarazo voluntario, si bien en el presente asunto no se solicitaron los costes generales de crianza y manutención del niño como daño a indemnizar, que valga destacar es el daño al que se hace alusión por lo general en este tipo específico de demandas, sí se solicitaron los daños tanto de orden material como personal relacionados directamente con el nacimiento del niño, los cuales fueron concedidos. Ello, sin lugar a dudas constituyó un acontecimiento importante y una antesala para los futuros pronunciamientos de las distintas cortes judiciales que más tarde se manifestarían al respecto.

El caso *Udale v. Bloombury Area Health Authority*¹⁸⁴, tiene particular importancia dentro del Derecho Inglés, pues a partir de aquí las Cortes judiciales empezaban a enfrentarse a las reclamaciones de responsabilidad por los costos generales de manutención de un niño sano, el cual había nacido a causa de la actuación negligente de un profesional médico. Se trataba de la realización de una operación de esterilización a cargo del médico que laboraba para el hospital demandado, la cual resultó ineficaz generando el posterior embarazo y, consecuentemente, el nacimiento de un niño sano. Aquí la Suprema Corte Inglesa (Queen's Bench Division) se pronunció al respecto rechazando una eventual indemnización por concepto de daños patrimoniales relacionados con el nacimiento: pérdida de ingresos durante el embarazo y nacimiento del niño, costos de la ampliación del hogar para dar cabida a un nuevo integrante de la familia y los costos de crianza del niño hasta los 16 años de edad. No obstante lo anterior, se concedió una indemnización por los daños personales causados a este respecto, específicamente lo concerniente al dolor y a las molestias generadas a causa del procedimiento médico fallido.

¹⁸³ *Sciuriaga v. Powell* (1979) 123 S J 406.

¹⁸⁴ *Udale v Bloombury Area Health Authority* (1983) 2 All ER 522.

Los argumentos de la negativa a la concesión de estos daños patrimoniales referidos a la manutención del niño obedecieron a razones de política pública, en tanto que no resultaba de recibo conceder indemnizaciones a causa del nacimiento de un niño. Entendía el Tribunal que el nacimiento de un niño, bien sea sano o discapacitado, constituía una bendición y un hecho generador de alegrías y beneficios.

En el caso *Emeh v. Kensington & Chelsea and Westminster Area Health Authority*¹⁸⁵, la Corte de Apelaciones de Londres se pronunció en un nuevo supuesto de procesos de esterilizaciones fallidas. En esta oportunidad, el fundamento de la reclamación se centraba en el nacimiento de un niño no deseado a causa de la ineficacia en las intervenciones médicas de esterilización, con la particularidad adicional que el niño no nace sano, sino con algunas anomalías congénitas. Esta clase de supuestos, tal como hemos señalado a lo largo de este estudio, también hace parte del cúmulo de circunstancias que se pueden enmarcar dentro de este tipo específico de reclamaciones “wrongful conception”, creando el escenario propicio para que en el ámbito de estas demandas se ventile la usual problemática referida a cuál debería de ser el daño indemnizable en los supuestos de nacimientos con anomalías o malformaciones congénitas: los costos ordinarios de manutención del niño o aquellos extraordinarios relacionados con la enfermedad.

En el presente asunto, el Tribunal de apelación concedió la indemnización por todos los costos de mantenimiento del niño, tanto los ordinarios como aquellos extraordinarios, así como por los daños inmateriales que se originaron a raíz de su nacimiento no deseado. Adicionalmente, se rechazaron las consideraciones expuestas en el caso *Udale v. Bloombury Area Health Authority* que se referían a las razones de orden público como el impedimento fundamental para resarcir los costos relacionados a la crianza y mantenimiento del niño, en tal forma que estos no resultaban del todo convincentes para rechazar las reclamaciones en este sentido. Así las cosas, entendía dicha judicatura que los costos de mantenimiento originados por el nacimiento del niño constituían una pérdida económica en el patrimonio de los padres, la cual debía ser indemnizada.

En el caso *Thanke v. Maurice*, el Tribunal Supremo (*Queen’s Bench Division*) adopta el enfoque esgrimido en el caso *Emeh v. Kensington & Chelsea and Westminster Area Health Authority*. Si bien se trataban de supuestos de hecho distintos, se empezaba a considerar que los costos que genera la existencia de un niño no deseado constituyen un desmedro económico que resultaba injusto que asumieran los padres. Aquí, el Tribunal judicial concede los gastos relacionados con el mantenimiento de un niño sano que había nacido como consecuencia de la práctica negligente de una vasectomía. Esta línea jurisprudencial se fue consolidando de manera importante dentro de este Tribunal Supremo, lo cual se reflejó en los fallos posteriores respecto de este tipo de asuntos: *Benarr v Kettering Health Authority* (1988)¹⁸⁶, *Allen v Bloombury Health Authority* (1993)¹⁸⁷, *Walkin v South Manchester Health Authority* (1995)¹⁸⁸.

¹⁸⁵ *Emeh v Kensington & Chelsea and Westminster Area Health Authority* (1985) QB 1012.

¹⁸⁶ los médicos le practicaron una vasectomía al señor Berr, la cual resultó defectuosa trayendo como consecuencia el nacimiento no deseado de un niño sano. El “Queen’s Bench” ordenó el pago de todos los gastos relacionados con el mantenimiento ordinario del niño fundamentándose en la afectación del patrimonio económico de la familia.

¹⁸⁷ La demandante se practicó un procedimiento de esterilización que resultó defectuoso en razón a que se encontraba embarazada al momento de llevarlo a cabo, la madre afirmó que habría interrumpido el

La decisión del “House of lords” en el caso *McFarlane v. Tayside*¹⁸⁹ constituyó un cambio de paradigma significativo en lo relativo al tratamiento jurisprudencial respecto de este tipo de acciones. El caso tiene lugar en razón al procedimiento médico de esterilización fallido efectuado al señor McFarlane, en concreto, la realización de una vasectomía. Posteriormente a la realización de dicho procedimiento, el señor McFarlane recibe una carta previa realización de dos pruebas médicas adicionales que no reportaron recanalización de espermatozoides, donde le informan sobre el éxito de la vasectomía y que por tanto la concepción no se llevaría a cabo. No obstante lo anterior, la señora McFarlane queda embarazada generando como consecuencia el nacimiento de un niño sano. En esta ocasión, la máxima autoridad judicial de entonces, se pronunció sobre la viabilidad de las reclamaciones “wrongful conception”, determinando que los resarcimientos por los costes de crianza que pueda llegar a generar un niño sano no deben ni pueden ser aceptados. La mayoría de los “Lords” que coincidieron en el estudio del presente asunto partieron de la base de que el fundamento de la decisión no se basaba en razones de política pública, sino en un análisis jurídico que enfatizaba en los principios propios del derecho de responsabilidad, de tal manera que la autorización de resarcimientos de daños patrimoniales o extrapatrimoniales no estuviera influenciada en argumentos y motivos de orden moral o religioso. Sin embargo, vale destacar que de las consideraciones de los “law lords”, en este caso en concreto, se desprenden muchos razonamientos que, al parecer, se encuentran influidos por argumentos de orden moral, social y religioso.

Las razones que por lo general se aducen para negar la procedencia de estos costos generales de crianza, que se venían concediendo por parte de los Tribunales judiciales ingleses, obedecían a razones de justicia material. Precisaban que no resultaba equitativo, razonable, ni mucho menos justo, conceder indemnizaciones por esta causa, máxime ante la inexistencia de un deber del profesional médico de evitar estas consecuencias¹⁹⁰. De igual manera, se concluyó que la relación de causalidad entre el daño relativo a los costos de crianza del niño y la conducta negligente del médico no era lo suficientemente próxima para establecer una atribución de responsabilidad al respecto¹⁹¹. Finalmente, dichas determinaciones también se fundamentaron en las ventajas y beneficios que traen consigo el nacimiento de un niño¹⁹². La mayoría de los “law lords” concluyeron que los beneficios de la paternidad superaban cualquier carga financiera que pudiera acarrear el nacimiento de un ser humano, así mismo consideraron que indemnizar por el nacimiento de un niño, que aunque no deseado es amado y querido por su familia, no se corresponde con la idea de hacer justicia entre las partes¹⁹³.

Pese a ello, la “House of lords” deja la puerta abierta en este asunto para el resarcimiento del resto de daños patrimoniales o personales que puedan acaecer siempre

embarazo de haber sabido que se encontraba embarazada. El “Queen’s Bench” condenó al hospital demandado al pago de los gastos de crianza del niño hasta los 18 años de edad, así como por los perjuicios de orden personal sufridos por la víctima.

¹⁸⁸ En este asunto se rechaza la reclamación presentada pero se sigue conservando la línea jurisprudencial manejada por el alto Tribunal. En este supuesto, el “Queen’s Bench” niega la indemnización por los costos de mantenimiento del niño sano que nace a causa de una operación esterilizadora que resulta fallida, en razón a que la acción judicial se encontraba prescrita de conformidad con el “limitation act” de 1980.

¹⁸⁹ *McFarlane v. Tayside Health Board* (1999) 4 *ALL ER* 961.

¹⁹⁰ PRIAULX, Nicolette, op. cit. pp. 337 - 345.

¹⁹¹ *McFarlane v. Tayside Health Board* (1999) 4 *ALL ER* 961.

¹⁹² *Ibid.* p. 123.

¹⁹³ *Ibid.* p. 105.

y cuando se adecuen con los principios propios del Derecho de daños. Así las cosas, Lord Millet, Lord Slynn, Lord Hope of Craighead, y Lord Steyn, en términos generales, se manifiestan expresamente en favor de la autorización de una eventual indemnización por los perjuicios, dolores y sufrimientos que padezca la madre como consecuencia directa del embarazo no deseado.

A partir de este fallo significativo, es posible verificar como la tendencia jurisprudencial en lo referente a la identificación de los daños en las reclamaciones “wrongful conception” ha venido modificándose, hasta el punto de rechazar en casi la totalidad de los casos, el resarcimiento por los costos ordinarios de mantenimiento¹⁹⁴.

En términos generales, los argumentos aducidos han seguido las directrices expuestas por la “House of lords en el caso McFarlane”, calificando la vida de un niño sano como una bendición que no debe ser estimada en ningún caso como una incomodidad o un perjuicio. Por el contrario, dicho acaecimiento debe ser considerado un beneficio y una ventaja aun en los casos en que este no haya estado planeado, los cuales superan con diferencia cualquier clase de objeción o perturbación que se pueda alegar con el nacimiento de un niño.

El caso *Rees v. Darlington Memorial Hospital NHS Trust*¹⁹⁵ refleja, a mi parecer, la actual postura de la jurisprudencia inglesa a este respecto. Es importante manifestar la particularidad que en este asunto se exterioriza y que tiene como antecedente primigenio algunas sugerencias expuestas por Lord Millet en el caso McFarlane. El asunto se plantea en virtud del nacimiento de un niño sano como consecuencia de la práctica negligente de un procedimiento de esterilización a una mujer que ostentaba discapacidad visual. En este caso, la House of Lords siguiendo los lineamientos trazados en el caso McFarlane, rechazó la reclamación judicial por los costos de crianza del niño, así como por los gastos adicionales que tuviera que experimentar la mujer para acceder a dicha labor teniendo en cuenta su discapacidad. Lo anterior, en razón a la consideración sostenida por la jurisprudencia inglesa de que el nacimiento de un niño sano no puede ser catalogado como un daño ni como una causa de ello y, que en todo caso, los beneficios que lleva consigo la existencia de un hijo superan cualquier carga financiera que se pudiera presentar. No obstante lo anterior, y de manera sorpresiva, a mi parecer, se optó por conceder una suma de dinero de carácter convencional por la violación al derecho a la autodeterminación y a la planificación de la familia, la cual tasaron por el valor de £15.000. Esta determinación había sido propuesta en el caso McFarlane por Lord Millet pero no tuvo gran acogida en aquel momento.

Por otra parte, cabe destacar que en el caso McFarlane no se hace alusión de manera directa a aquellos supuestos en los que el niño no deseado nazca con malformaciones o enfermedades congénitas, lo cual en alguna medida genera una variante importante en lo referente a la identificación de los daños acaecidos como consecuencia de la conducta negligente del profesional médico. Esto sin lugar a dudas se ha notado en la jurisprudencia posterior, que ha optado por conceder indemnizaciones a causa de los gastos extraordinarios relacionados con el mantenimiento de un niño nacido

¹⁹⁴ Véanse las sentencias. *AD v East Kent Community NHS Trust* (2003) 3 *All ER* 1167; *Rees v Darlington Memorial Hospital NHS Trust* (2003) 3 *FCR* 289. Siguiendo esta misma línea argumental, pero enfocándose en el rechazo de un eventual detrimento patrimonial por lucro cesante. *Greenfield v Flather* (2001) *WLR* 1279.

¹⁹⁵ *Rees v Darlington Memorial Hospital NHS Trust* (2003) 3 *FCR* 289.

con anomalías o enfermedades congénitas, rechazando las reclamaciones por los costos ordinarios de su mantenimiento¹⁹⁶.

De otro lado, en lo que respecta a las demandas “wrongful birth” y “wrongful life”, es preciso manifestar que a diferencia de lo que sucede en Alemania, en el Reino Unido no se pretende combinar y compatibilizar los principios y consideraciones efectuadas en cada reclamación en concreto. A pesar de los rasgos comunes que las demandas “wrongful conception” y “wrongful birth” puedan compartir, no se desprende de la literatura jurídica inglesa un afán por homogeneizar su tratamiento, lo que en determinada medida ha podido contribuir al limitado pronunciamiento que respecto de estas reclamaciones ha ejercido la jurisprudencia inglesa, aunque en el caso de las demandas “wrongful life” las razones obedezcan a motivos de distinta índole.

En lo concerniente a las demandas “wrongful birth”, hay que decir que resultan casi nulos los casos revisados por la jurisprudencia inglesa en que se hayan registrado los elementos jurídicos propios de este tipo de acciones¹⁹⁷, en realidad, casi la totalidad de asuntos se refieren a aquellos casos propios de las demandas “wrongful conception”. Sin embargo, las mismas sí han sido reconocidas “obiter dicta” en los distintos pronunciamientos judiciales, lográndose determinar la procedencia de estas pretensiones en particular, aunque no prescribe, al menos con sumaria precisión, la forma y la justa medida de dichas concesiones.

El panorama anterior permite inferir, sin lugar a dudas, la posibilidad de eventuales concesiones indemnizatorias en el futuro por parte de los Tribunales ingleses, en donde la conducta negligente obedezca a la información deficiente o inexistente respecto de las anomalías genéticas o congénitas que padecía el feto, las cuales de haberse suministrado habría hecho posible tanto el ejercicio libre del derecho a la procreación futura como el relativo al derecho a interrumpir voluntariamente el embarazo. “wrongful birth”.

En lo que respecta a las reclamaciones “wrongful life”, la cuestión resulta un poco más unánime tanto en la jurisprudencia como en la doctrina, lo cual contribuye a la unificación del tratamiento jurídico de este tipo de reclamaciones judiciales en el Reino Unido.

La gran mayoría de autores conviene en rechazar la procedencia de las demandas “wrongful life” por considerar que son contrarias a la sección 1 de la ley de 1976 denominada Congenital Dissabilities (Civil Liability)¹⁹⁸. Esta normatividad prevé la posibilidad de que el niño pueda ejercitar una reclamación judicial en contra del

¹⁹⁶ Véanse los casos. *Parkinson v St. James and Seacroft University Hospital NHS Trust* (2001) 3 *WLR* 376; *Groom v Selby* (2001) *EWCA Civ* 1522.

¹⁹⁷ No obstante lo expuesto, el caso *Groom v. Selby* podría constituir un supuesto propio de las acciones “wrongful birth”, concretamente, en el marco de aquellos casos de diagnóstico indirecto. La responsabilidad del profesional médico se genera a partir de una consulta que, en principio, no se refiere directamente al estado de embarazo de la demandante, en razón a que se suponía que esta había sido esterilizada. Se estima que el niño nace con malformaciones a causa de la no información del médico que no avisó de tal situación, por lo que no se pudo llevar a cabo el aborto. No obstante, esta perspectiva fue rechazada por parte de la Corte de Apelaciones que revisó el asunto con argumentos, a nuestro parecer algo inconsistentes. Véase. *Groom v Selby* (2001) *EWCA Civ* 1522.

¹⁹⁸ GIESEN, Ivo, op. cit. p. 39; VAN DAM, Cees, *European Tort Law*, Oxford University Press Inc, New York, 2006, p. 162

profesional médico cuando este haya originado o causado directamente la enfermedad o malformación por la que se reclama, se tratan de los casos típicos de lesiones prenatales que, en principio, no tienen nada que ver con las acciones que dentro del presente estudio nos encontramos analizando. Así las cosas, algunos autores han considerado que los demás supuestos en que el niño pueda ejercitar una acción judicial al respecto han sido excluidos por parte de la redacción legal,¹⁹⁹ por tal motivo, dichas demandas de responsabilidad no deben ser permitidas cuando la causa inmediata que ha ocasionado la enfermedad o la malformación ha sido la propia naturaleza, y no la conducta del agente médico²⁰⁰. Aunado a lo anterior y, apoyando el rechazo a este tipo de reclamaciones judiciales, también se suman argumentos como: el de la santidad de la vida, el referido a que una vida disminuida es igual de valiosa a una vida sana y el concerniente a la dificultad insuperable que implica la valoración de este tipo de daños.²⁰¹

Si bien resulta significativa la línea conceptual mayoritaria que rechaza el ejercicio de estas demandas, también es cierto que existen algunos autores que optan porque este tipo de reclamaciones sean jurídicamente viables y por qué sean permitidas en el ordenamiento jurídico inglés²⁰². De igual manera se manifiesta quien argumenta que las acciones “wrongful life” no se encuentran prohibidas por parte de la “Congenital Dissabilities” (Civil Liability – act de 1976), sino que por el contrario, en la referida normatividad se dejan las puertas abiertas para incoar este tipo de reclamaciones²⁰³. El argumento se centra específicamente en el ámbito de las técnicas de reproducción asistida, señalan que en este contexto es posible englobar algunos supuestos propios de este tipo de demandas: los supuestos en que la deformidad o anomalía congénita del niño provenga a causa de un defecto en el preembrión o incluso en el material genético que se utilizó para llevar a cabo la fecundación, y que negligentemente no fueron advertidas por parte del profesional médico²⁰⁴.

La Jurisprudencia por su parte, conserva la misma línea argumental que la doctrina mayoritaria y, de manera similar que en los casos “wrongful birth”, los Tribunales ingleses casi no se han referido a esta clase de asuntos. El caso pionero a este respecto y que, al parecer, ha cerrado de manera definitiva la cuestión: es el asunto

¹⁹⁹ En concreto, manifiesta que un análisis interpretativo correcto de la ley en cuestión invita a rechazar enfáticamente las demandas “wrongful life”. WEBER, Dieter, op.cit. p. 52.

²⁰⁰ GIESEN, Ivo, op. cit. p. 39; en este mismo sentido, pero señalando la existencia de una prohibición por parte del legislador respecto de la procedencia de las acciones de wrongful life en el Reino Unido. Véase. ROGERS, William Vaughan Horton, *Winfield & Jolowicz on Tort*, Sweet & Maxwell, London, 2006, p. 1041.

²⁰¹ Véase el fallo del Queen’s Bench Division. McKay v. Essex AHA (1982), QB 1166; (1982) 2 ALL ER 771 (CA).

²⁰² JACKSON, Anthony, “Wrongful life and wrongful birth. The English conception”, *The Journal of Legal Medicine*, 1996 (17), p. 369; GRUBB, Andrew, “Problems of medical law”, *Tort law*, 4ª edición, Clarendon Press, Oxford, 1999, p. 280; WEIR, Tony, “Wrongful life – Nipped in the bud”, *The Cambridge Law Journal*, Vol. 41, Issue 2, 1982, p. 279.

²⁰³ JACKSON, Anthony, op.cit. p. 366-368; WHITFIELD, Adrian, “Actions arising from birth”, *Principles of Medical Law*, Oxford University Press, Somerset, 1998, p. 686.

²⁰⁴ En la actualidad parece existir cierto grado de confusión en lo referente a este aspecto, pues suele ser común que se entiendan este tipo de supuestos como aquellos relativos a los diagnósticos preimplantatorios.

McKay v Essex Area Health Authority²⁰⁵. Se refiere a la actuación negligente de un profesional médico que no diagnóstica correctamente la rubeola padecida por la paciente durante su etapa de embarazo, lo que trae como consecuencia directa el nacimiento de una niña con graves anomalías que disminuyen ostensiblemente su calidad de vida. En atención a lo anterior, se interpone una demanda en nombre de la niña fundamentándose en el incumplimiento por parte del profesional médico de un deber frente a ella consistente en evitar su nacimiento.

El “Queen’s Bench” al pronunciarse respecto de este asunto rechaza la reclamación de responsabilidad “wrongful life” basándose en tres argumentos fundamentales. El primero de ellos referido a que no existe, por parte del médico, un deber frente al niño consistente en interrumpir el proceso de embarazo, este solo se podría entender respecto a la madre²⁰⁶, sugerir lo contrario sería una violación a la idea de santidad de la vida humana. Por otra parte, se advierte que de aceptar la vida defectuosa como un daño sería imposible proceder a su valoración, puesto que comparar la situación de un niño discapacitado con la no existencia resulta imposible. Finalmente y, como tercer fundamento base para el rechazo de dichas acciones, se determina que la “Congenital Disabilities” - (Civil Liability) Act of 1976 §§ 1(2)(b) y 4(5)-, constituye un impedimento jurídico para aceptar este tipo de reclamaciones judiciales, toda vez que las mismas fueron prohibidas por dicha normatividad. En este sentido, sugiere Lord Stephenson con el consentimiento de Lord Ackner y Lord Griffith, que solo la legislación puede cambiar dicha posición, lo cual da a entender gran vocación de permanencia en lo referente a esta línea argumentativa.

4.4 Francia

El desarrollo que venía consolidando el estudio de este tipo de reclamaciones a nivel mundial no pasó desapercibido en el Estado francés, en donde los avances paulatinos de la ciencia médica y la autorización de la interrupción voluntaria del proceso de embarazo, dieron el primer paso para el planteamiento de estas reclamaciones de responsabilidad ante los Tribunales.

El estado de salud del niño resulta particularmente importante en el tratamiento jurídico que Francia le ha otorgado a estas demandas, tal como sucede con la jurisprudencia inglesa, en tanto que desde un principio ha existido unanimidad en cuanto al rechazo de resarcimientos por el solo hecho del nacimiento. En términos generales, el nacimiento sano del niño no constituye, ni ha constituido en ningún momento, un argumento suficiente para endilgar responsabilidad a los profesionales de la salud que han actuado negligentemente, lo cual ha eliminado cualquier posibilidad de que los Tribunales judiciales se planteasen la idea de ordenar el pago por los costos generales de crianza del niño, tal como ha sucedido en algunos otros ordenamientos jurídicos, y que hemos puesto de manifiesto en el presente estudio.

Los primeros pronunciamientos judiciales coinciden en apuntar a las reclamaciones de responsabilidad “wrongful conception” fundamentando sus pretensiones en la obtención de una indemnización por el hecho mismo del nacimiento.

²⁰⁵ McKay v Essex Area Health Authority (1982) QB 1166.

²⁰⁶ PRIAULX, Nicolette, op. cit. pp. 337 - 339.

La identificación del daño en este tipo de demandas coincidía con el nacimiento no deseado del niño, que se había perpetrado a causa de la conducta negligente del profesional médico.

La posición adoptada por la jurisprudencia no resultó tan complaciente con este tipo de demandas de responsabilidad, en tanto que no encontraban en el hecho de vivir un daño indemnizable o a partir del cual se pudiera llevar a cabo la identificación de un daño consecuencial. Así las cosas, la tendencia jurisprudencial y, también doctrinal, cerraron las puertas a este tipo de demandas judiciales²⁰⁷, que poco a poco iban penetrando en las fronteras del engranaje jurídico del sistema judicial francés. Los pronunciamientos más importantes a este respecto se manifestaron tanto en el ámbito administrativo como en el ámbito civil, de los cuales es importante resaltar algunos de ellos.

Las consideraciones esbozadas por el Conseil d'État en la sentencia calendada el día 2 de julio de 1982, reflejan la firme postura que en este sentido se ha venido manejando en la jurisdicción contenciosa-administrativa. Señalaba el alto tribunal en aquel momento, que el nacimiento de un niño incluso en aquellos casos en que se producía en razón a la intervención ineficaz de un procedimiento médico, no es generador de perjuicios que dé lugar a los padres a un derecho a una indemnización²⁰⁸. Por otra parte, en el ámbito civil, es importante destacar el pronunciamiento de la Cour de Cassation en la sentencia de fecha 25 de junio de 1991, en la cual se pronuncia en un sentido similar al Conseil d'État, manifestando que la existencia de un niño no puede constituir para la madre un perjuicio, ni mucho menos un daño indemnizable, aun a pesar de que el nacimiento haya sido como consecuencia de la comisión de un procedimiento médico negligente. No obstante lo anterior, estas sentencias insignias, al igual que el grueso de la jurisprudencia tanto administrativa como civil, convenían en dejar la puerta abierta a este tipo de demandas sobre la base de la existencia de determinadas circunstancias o situaciones particulares que agravaran las cargas normales u ordinarias de la maternidad, lo cual podría dar lugar a un derecho de indemnización a favor de los padres por las cargas adicionales que supone el nacimiento de un niño en determinadas circunstancias.

Es posible manifestar que las demandas de responsabilidad “wrongful conception” pasaron a un segundo plano en el ordenamiento jurídico francés, de modo que el rechazo de las mismas siempre se ha caracterizado por estar más que consensuado, existiendo cierta unanimidad en la negación de indemnizaciones a causa del nacimiento no deseado de un niño si este se encontraba en óptimas condiciones de salud. Sin embargo, cabe resaltar la existencia de un pronunciamiento en el que la Corte de Casación concede una reclamación de responsabilidad médica que reúne los elementos propios de las demandas “wrongful conception”. El asunto se refirió a la práctica de un proceso de esterilización que resultó ineficaz, trayendo como consecuencia el nacimiento de un niño con malformaciones físicas. El Tribunal judicial en este caso decidió conceder

²⁰⁷ Véanse las sentencias. En el ámbito del derecho administrativo: *Conseil d'État* de 2 de julio de 1982, D. 1984, p. 425; *Conseil d'État* de 25 de octubre de 1985, Mme Marchal, Lexis No. 47945. En el ámbito civil. Cour de Cassation de 25 de junio de 1991, D. 1991, p. 566. En la jurisprudencia menor. Véase. Tribunal de Grande Instance de Bobigny de 5 de diciembre de 1976, DS 1977, p.245.

²⁰⁸ Conseil d'État de 2 de julio de 1982, D. 1984, p. 425. En el mismo sentido. BONNINGUES, Virginie, op.cit. p. 26.

indemnización a favor de la madre a causa de los perjuicios físicos, psicológicos y los costos económicos extraordinarios relacionados con la discapacidad²⁰⁹.

Lo que sí es importante destacar en este sentido, es que más allá que enfocarse en la autorización de algún tipo de reclamación judicial de responsabilidad, lo que en realidad centraba la atención de los jueces franceses eran las circunstancias particulares que rodeaban los supuestos, de tal manera que la existencia del nacimiento de un niño en óptimas condiciones de salud no generaba ningún tipo de carga adicional a las obligaciones propias de los padres, y por tanto no era susceptible de generar ningún tipo de perjuicio asociado. Por contra, el nacimiento de un niño con malformaciones congénitas, propiciaba la existencia de ciertas circunstancias particulares que de alguna u otra manera se traducían en cargas adicionales o extraordinarias propias de la maternidad. Ello, con independencia de si la naturaleza de las reclamaciones planteadas son propias de las demandas “wrongful conception”, “wrongful birth” o “wrongful life”.

Esta nueva tendencia propició un importante punto de inflexión en el estudio de estas demandas y permitió dar cabida a nuevos planteamientos más propios de las reclamaciones “wrongful birth” y “wrongful life”. Este giro jurisprudencial se puede observar de mejor manera en algunos pronunciamientos de la Cour de Cassation, en donde, comienza a conceder indemnizaciones en virtud de reclamaciones de responsabilidad “wrongful birth”, aunque seguía siendo renuente a autorizar las referidas a las demandas “wrongful life”, pues encontraban dos obstáculos mayúsculos en su estudio: la dificultad de clasificar como daño indemnizable el hecho de haber nacido, aun cuando este nacimiento trajera consigo deformaciones o discapacidades congénitas; y la acreditación de un nexo de causalidad entre la conducta del profesional médico y los daños experimentados por el niño. Es posible señalar que solo hasta el año de 1996, la Cour de Cassation accede a autorizar indemnizaciones en virtud de reclamaciones judiciales “wrongful birth”, además lo hace por partida doble profiriendo dos sentencias fundamentadas en la misma línea doctrinal²¹⁰. Concretamente, en razón de las ejecuciones defectuosas de actividades diagnósticas, en donde se pronunció a favor de la concesión de indemnizaciones por los perjuicios ocasionados a los padres con el nacimiento de sus hijos, los cuales padecían malformaciones congénitas de gravedad. En este sentido y siguiendo las directrices planteadas en la jurisprudencia vigente de entonces, se acreditaron este tipo de situaciones como circunstancias particulares que se traducen en cargas adicionales o extraordinarias a las normales u ordinarias que deben

²⁰⁹ Véase. Cour de Cassation de 9 de mayo de 1983, *Bull. Civ. I*, No. 140.

²¹⁰ Cour de Cassation de 26 de marzo de 1996, *Bull. Civ. I*, No. 156-157; Cour de Cassation de 26 de marzo de 1996, *D. 1997*, J 35 y 36. La jurisprudencia menor, sin embargo, en algunas ocasiones anteriores se había pronunciado en este sentido. Véase. Tribunal de Grande Instance de Montpellier de 15 de diciembre de 1989, *J.C.P. 1990*, II, 21556. Pese a ello, la sentencia de 7 de febrero de 1990 de la Cour de Cassation resuelve un asunto que a nuestro parecer contiene los elementos propios de las demandas “wrongful birth”, sin embargo, en aquella ocasión la Corte rechaza la existencia de un nexo de causalidad entre la conducta negligente del médico y las causas de las malformaciones del niño, pues estas se deben a razones endógenas de los padres que nada tienen que ver con la actuación médica. De manera recursiva la Corte opta por aplicar la teoría de la “perte de chance” para establecer una indemnización en favor de los padres, en tanto que a causa de la no detección de las malformaciones del feto, se les impidió optar por la interrupción voluntaria del embarazo, estropeando la oportunidad que habrían tenido estos de eliminar el riesgo que finalmente se llevó a cabo: el nacimiento de un niño con malformaciones. Cour de Cassation de 7 de febrero de 1990, *Bull. civ. I*, No. 39. En la jurisprudencia menor también podemos encontrar pronunciamientos similares. Véase. Cour d’appel de Versailles de 8 de julio de 1993, *D.1995*, *Somm.* 98. En la doctrina, encontramos algunos autores que apoyan la Teoría de la “perte de une chance” como una solución para este tipo de supuestos. Véase. BONNINGUES, Virginie, op.cit. pp. 55-64.

asumir los padres respecto de sus hijos, permitiendo un derecho a indemnización únicamente por los perjuicios acaecidos.

Es de destacar un pronunciamiento similar efectuado por parte del Conseil d'État, el cual a su vez abría una nueva tendencia en la jurisprudencia contencioso-administrativa en lo referente a este tipo de demandas “wrongful birth”, con la diferencia de que esta Corporación judicial nunca iba a admitir las reclamaciones de responsabilidad propias de las acciones “wrongful life”, pues el obstáculo de la relación de causalidad entre la conducta médica y los perjuicios experimentados por el niño siempre se catalogaron por ser un impedimento de carácter insuperable.

Es posible manifestar que el caso Quarez²¹¹ constituye el antecedente más importante en la jurisprudencia contencioso-administrativa en lo referente al estudio de las demandas “wrongful birth”. A partir de este pronunciamiento se puede observar un cambio jurisprudencial que iba a ser determinante en las posteriores reclamaciones planteadas ante los Tribunales administrativos. En este asunto, la alta corporación judicial anuló de manera parcial el fallo efectuado por parte de la Corte Administrativa de Lyon que había concedido una indemnización a los padres por 200.000 francos a título de reclamación de responsabilidad “wrongful birth” e, incluso, había ordenado el pago de una renta mensual a favor del niño de 5.000 francos hasta su mayoría de edad “wrongful life”. El Conseil d'État se inclinó por la línea argumental planteada por el Comisario de Gobierno en sus conclusiones finales dentro del proceso, quien optaba por rechazar cualquier tipo de reclamación en nombre del niño, en donde el fundamento principal de dichas pretensiones se refería al hecho de haber nacido, al reproche injustificado de no haber impedido el nacimiento y al daño moral que suponía para el niño vivir la vida que le había tocado. Lo anterior tuvo como consecuencia la confirmación de la indemnización fijada para los padres por el valor de 200.000 francos, a título de resarcimientos por los perjuicios morales que suponía para los padres ver a su hijo en dichas condiciones de salud; pero rechazando la reclamación presentada en nombre del niño, concediéndole a los padres, y no a aquel directamente, la renta mensual de 5.000 francos para su mantenimiento extraordinario. Por otra parte, dicha renta mensual se concedió durante toda la vida del niño y no hasta su mayoría de edad, como inicialmente se había establecido por parte de la Corte Administrativa de Lyon.

Profundizando un poco en lo referente al tratamiento que han recibido las reclamaciones “wrongful life”, es preciso señalar que estas fueron rechazadas en un principio por parte de los Tribunales judiciales, tal como se evidenció en las sentencias del 26 de marzo de la Cour de Cassation y en la del 14 de febrero de 1997 del Conseil d'État, manteniendo este último siempre el mismo criterio. Hubo que esperar hasta el famoso “Caso Perruche”, para que la jurisprudencia diera un giro importante en lo referente al estudio de este tipo de acciones de responsabilidad. El 17 de noviembre de 2000 se postula como una fecha importante para el derecho de responsabilidad en

²¹¹ Conseil d'État de 14 de febrero de 1997, JCP 1997, I, 4045 No. 7. Este asunto hacía referencia a un diagnóstico prenatal erróneo que trajo como consecuencia el nacimiento de un niño con el síndrome de down. La madre del niño, la señora Quarez, de 42 años de edad, fue sometida a la práctica de una amniocentesis en el “Centre Hospitalier Régional de Nice”, la cual fue dirigida a descartar que el feto padeciera trisomía 21, en tanto que dicho embarazo por la edad avanzada de la madre constituía un factor de riesgo que hacía necesaria dicha prueba prenatal. En este sentido y, a causa de los resultados arrojados por los exámenes practicados, los médicos certificaron que el feto se encontraba en perfecto estado y no padecía anomalía cromosómica de ninguna índole. No obstante lo anterior, el niño nació con el síndrome de down.

Francia; fue precisamente en este día, cuando la Cour de Cassation dictó sentencia endilgando responsabilidad a los profesionales médicos frente al niño nacido con malformaciones congénitas, a causa de la actuación negligente en la actividad diagnóstica que aquellos debían efectuar en el ejercicio de sus funciones. El caso se refería específicamente al contagio de rubéola que habría sufrido una mujer embarazada por parte de su hija, quien en virtud de su preocupación, pues conocía de los riesgos de malformaciones del feto derivados del padecimiento de dicha enfermedad, solicitó inmediatamente un análisis de diagnóstico prenatal dirigido a verificar las eventuales anomalías que podría sufrir el feto. Los resultados arrojados por parte de los exámenes practicados descartaron cualquier malformación que aquejara al *nasciturus*, lo cual condujo a que el médico informara a la madre sobre un óptimo estado de salud del feto y, como consecuencia, la ausencia de malformaciones relacionadas con dicha enfermedad; sin embargo el niño nació posteriormente con graves malformaciones neurológicas y cardíacas ocasionadas por la rubéola. La Corte de Casación llegó a la conclusión que de haberse detectado las malformaciones durante el proceso de gestación se hubiera llevado a cabo la interrupción voluntaria del embarazo (regla del “but for test”), adicionalmente señaló que el impedimento de esta libertad se llevó a cabo en razón a la conducta médica negligente, lo cual condujo evidentemente al nacimiento del niño con minusvalías congénitas; razones suficientes para permitir la reclamación del niño frente a los profesionales médicos por los perjuicios resultantes de las discapacidades congénitas. En consecuencia de ello, decidió indemnizar al niño por el perjuicio que supuso para él vivir con las minusvalías aunque estas tuvieran su origen en la enfermedad infecto-contagiosa padecida por la madre durante su embarazo.

Este giro jurisprudencial aunque solo se llevó a cabo en el ámbito civil abrió una ventana importante para otros fallos en este mismo sentido, en los cuales se permitió aunque con mayores limitaciones, las reclamaciones de responsabilidad por parte de los niños frente a los profesionales médicos. A este respecto, es necesario resaltar las tres sentencias de la Cour de Cassation de 13 de julio de 2001²¹², así como las otras dos sentencias de 28 de noviembre de 2001²¹³. Tal como se puede observar, la proliferación de este tipo de fallos resultó significativa, máxime si tenemos en cuenta que este tipo de pronunciamientos se caracterizan por ser más bien ocasionales. Esto sin lugar a dudas, provocó un fuerte enfrentamiento social en Francia, lo cual desencadenó todo tipo de protestas de los distintos gremios que rechazaban este tipo de pronunciamientos, amenazando incluso con la realización de una huelga masiva por parte de los profesionales de la salud (ginecólogos, obstetras, etc.) desde el 1 de enero de 2002, mientras se siguiera considerando a los médicos responsables de los perjuicios ocasionados por la no detección de malformaciones o anomalías de orden genético, hereditario, u ocasionadas por cualquier otra causa, mediante la realización de un diagnóstico prenatal.

La presión social fue tan determinante que el Parlamento francés tuvo que dar un paso al frente expidiendo la famosa “ley anti-perruche”, Ley 2002-303, de Derechos de los enfermos y de calidad del sistema de salud, que prohibía los lineamientos expuestos por la Corte de Casación en la “Jurisprudencia Perruche”. Cabe destacar, que la rápida reacción del Parlamento francés resultó sorprendente, hasta el punto que se le considere

²¹² Para un análisis más profundo sobre estas tres sentencias. Véase. BENILLOUCHE, Mikaël, “L’indemnisation du préjudice personnel de l’enfant handicapé”, *Petites affiches*, núm. 77, 2002, pp. 4 y ss.

²¹³ Cour de Cassation de 28 de noviembre de 2001, *JCP*, 2001, p. 2237; Cour de Cassation de 28 de noviembre de 2001, *D.* 2001, p. 3587.

como una de las más rápidas de la historia parlamentaria en Francia. El objetivo primordial era neutralizar los efectos provocados por parte de la sentencia “perruche” tanto en el entorno jurídico, como en el entorno médico-científico. Consideraban este último bastante afectado, adentrándose poco a poco al ejercicio desproporcionado de una medicina defensiva que desdibujaba los principios en los que se funda el buen hacer médico. No constituye el objeto de nuestro estudio efectuar un análisis profundo de esta ley, sin embargo, sí es importante destacar que esta norma tiene dos objetivos fundamentales: mejorar la calidad del sistema sanitario, de tal manera que la prestación de dicho servicio resulte más eficaz para los enfermos, y establecer algunas regulaciones de interés en lo relativo a la reparación de los daños que se ocasionen en virtud de la actividad médica. El artículo primero, contiene los preceptos más importantes en lo referente al objeto de nuestro estudio, concretamente en su párrafo primero.

La prohibición general de efectuar cualquier tipo de reclamación por el hecho de haber nacido constituye el punto de partida de la mencionada ley, descartando de esta manera cualquier tipo de reclamaciones de responsabilidad a través de las acciones “wrongful life”. Así mismo, se establece una breve regulación de los casos de lesiones prenatales, en donde se autoriza la atribución de responsabilidad a los profesionales de la salud cuando estos debido a una falta médica sean los que hayan causado directamente la malformación o enfermedad acaecida por el niño, hayan agravado la misma e, incluso, en los casos en que por la omisión de sus actividades esta haya tenido lugar. Finalmente y, de manera algo incoherente a nuestro parecer, incluye dentro del mismo párrafo un aparte relativo a la denominada “falta caracterizada”, la cual se refiere a los casos propios de las reclamaciones “wrongful birth”, previendo la atribución de responsabilidad de los profesionales médicos frente a los padres de un niño nacido con malformaciones, en aquellos casos en que dicho nacimiento se haya ocasionado por la no detección durante el proceso de embarazo de las anomalías que padecía el niño, debido a la falta caracterizada del médico. En estos casos, señala la norma que es posible vincular la responsabilidad del médico solo respecto de los perjuicios generados. Descarta de antemano que pueda considerarse como perjuicios susceptibles de ser indemnizados, aquellos referidos a las cargas particulares o extraordinarias que se generan a raíz de la condición enferma del niño, erogaciones pecuniarias que se manifiestan a lo largo de toda su vida; destinando este tipo de cargas al sistema de solidaridad nacional, que por cierto, también se encarga de los perjuicios que pudiera llegar a experimentar el niño en virtud de una vida con defectos psíquicos o físicos (wrongful life)²¹⁴. Así las cosas, resulta claro que las reclamaciones “wrongful life” resultan expresamente prohibidas por parte de dicha normatividad. De igual manera sucede con la concesión de indemnizaciones a los padres de niños discapacitados por los costos extraordinarios relacionados con la enfermedad o discapacidad, que dicho sea de paso, constituye gran parte de los perjuicios causados a los padres. Las determinaciones normativas expresadas en esta ley no solo tuvieron un efecto ultractivo sino también retroactivo, ordenando rechazar las reclamaciones de responsabilidad en nombre del niño presentadas con anterioridad a la vigencia de dicha ley. Lo cual condujo, entre otras cosas, a la violación del Convenio Europeo de Derechos Humanos, tal como fue evidenciado por parte del

²¹⁴ Esta solución es aplaudida por diversos autores, entre ellos. MARTIN-CASALS, Miquel; SOLÉ FELIU, Josep, “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2006”, *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, No. 73, enero – abril, 2007, p. 542.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos en las sentencias Draon c/ Francia y Maurice c/ Francia del 6 de octubre de 2005.

En términos generales, la cuestión jurídica en cuanto a estas demandas había variado de manera importante en lo relativo al estudio de este tipo de acciones. Las demandas “wrongful life” se encuentran expresamente prohibidas debido a la imposibilidad de alegar el hecho de haber nacido como un perjuicio indemnizable. Las demandas “wrongful birth”, aunque son permitidas por parte de la legislación francesa, es cierto que se encuentran limitadas a la ocurrencia de una “falta caracterizada” que origine la no detección de determinadas anomalías o enfermedades durante el proceso de gestación, este tipo de faltas se refieren al incumplimiento de la obligación de medios que debe existir en toda actuación médica. Es decir, a la asistencia concienzuda, atenta, oportuna y conforme con la “lex artis” y las reglas generales del buen hacer médico. Por otra parte, estas pretensiones de responsabilidad se encuentran en gran medida limitadas solo al resarcimiento de algunos perjuicios, tal como lo mencionamos con anterioridad, lo cual a su vez, contribuye a restarle identidad a las demandas “wrongful birth”.

Es importante destacar que en la actualidad es posible que se sigan presentando pronunciamientos de la Cour de Cassation concediendo indemnizaciones a favor del niño aquejado por malformaciones o enfermedades de origen genético, hereditario o simplemente congénito “wrongful life”, cuando se refieran a reclamaciones de responsabilidad presentadas con anterioridad a la vigencia de la Ley 2002-303, así como indemnizaciones a favor de los padres por los costos extraordinarios relacionados con la enfermedad del niño. Tal como ha venido sucediendo a raíz de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a las que hicimos referencia con anterioridad²¹⁵.

Finalmente, es de anotar que existen algunos autores que se resisten a pensar que en estos aspectos se ha dicho la última palabra, y que en el artículo 1 de la referida ley 2002-303 no se establece una prohibición expresa a las demandas “wrongful life”, pues en estas lo que se reclama no es la vida del discapacitado, que es a lo que se hace referencia en la mencionada ley, sino la vida discapacitada. De igual manera se alega que el texto legal mencionado no se encuentra en contraposición con los lineamientos argumentativos expuestos por la Cour de Cassation, pues se entiende que lo que se prohíbe es el ejercicio de la reclamación judicial en nombre del niño, pero no la posibilidad de que esta sea presentada directamente por su parte²¹⁶. Sin embargo, es importante manifestar que difícilmente se podrían aceptar este tipo de argumentos, en tanto que resulta claro que la finalidad del legislador, en este precepto en concreto, es prohibir las reclamaciones de responsabilidad “wrongful life”, y aunque sea cierto que la redacción normativa del precepto resulte ambigua, la interpretación de la norma jurídica nunca debe circunscribirse exclusivamente a su tenor literal. Este tipo de elucubraciones

²¹⁵ Véanse las Sentencias: Cour de Cassation de 24 de enero de 2006, JCP, 2006, II, 10062; Cour de Cassation de 8 de julio de 2008, Arrêt No. 796. Disponible en página web, http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/. Última visita 1 de agosto de 2016.

²¹⁶ FABRE-MAGNAN, Muriel, “Error de diagnóstico y minusvalía psíquica del hijo: ¿cómo respetar el principio de la dignidad de la persona?”, dirigido por A. Marzal., *Minusválidos psíquicos y derechos del hombre*, Bosch, Barcelona, 2003, pp. 201-223.

conllevarían no solo a un sinnúmero de contradicciones normativas sino que también dejaría la puerta abierta a atentados contra la seguridad jurídica²¹⁷.

²¹⁷ LARENZ, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel S.A, 2ª edición, Barcelona, 2001, pp. 331-337 y 363-372.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA NEGLIGENCIA MÉDICA COMO ELEMENTO DETERMINANTE EN LA IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD

1. CUESTIÓN GENERAL

1.1 Aproximación

La actividad médico-hospitalaria propiamente dicha se encuentra sujeta al cumplimiento de ciertas directrices o criterios de actuación de orden científico que la califican. La naturaleza de este tipo de servicios o actuaciones cualificadas obligan a que la misma sea enjuiciada de conformidad al cumplimiento de dicho parámetro objetivo de verificación, lo que quiere decir que, el régimen de responsabilidad en el que este tipo de conductas se va a encontrar inmerso es el relativo a la responsabilidad subjetiva. Dicho de otro modo, que el título de imputación que cobrará gran protagonismo y relevancia en el enjuiciamiento de las actuaciones médicas o sanitarias es el relativo a la culpa²¹⁸, sin perjuicio de que en algunos casos muy excepcionales existan autores que planteen la posible existencia de algún otro factor de imputación, como podría suceder con el riesgo²¹⁹.

En este sentido es prudente efectuar algunas consideraciones previas en lo concerniente al contexto fáctico en el que se van a enjuiciar las conductas médico-hospitalarias a efectos de comprender con mayor claridad las consideraciones jurídicas que a lo largo del presente estudio efectuaremos.

La prestación del servicio de salud en Colombia se encuentra revestida de un cúmulo de particularidades que no resulta prudente ahondar en este estudio. Sin embargo, sí es importante señalar que existe un Sistema de Seguridad Social en Salud que

²¹⁸ Destacando a la culpa como el título de imputación generalmente aplicable en el marco de este tipo de supuestos. Véase en la doctrina colombiana. BUSTAMANTE LEDESMA, Álvaro, *La Responsabilidad Extracontractual del Estado*, Leyer LTDA, 1ª edición, Bogotá, 1998, pp. 65-71; CASTAÑO DE RESTREPO, María, *Responsabilidad Civil y Patrimonial del Estado derivada de la Administración y prestación de servicios de la salud*, Temis S.A, Bogotá, 2003, p. 44; VELÁSQUEZ POSADA, Obdulio, *Responsabilidad Civil Extracontractual*, Temis S.A, Bogotá, 2011, p. 46; YEPEZ RESTREPO, Sergio, *La responsabilidad civil médica*, Biblioteca Jurídica Dike, Medellín, 2011, pp. 79-95.

²¹⁹ De hecho, se alcanzan a escuchar voces aún más aventuradas que defienden la aplicación general de un régimen objetivo de responsabilidad en el marco de la actividad médico-hospitalaria. Según esta línea de pensamiento, es conveniente otorgar máxima protección a los pacientes, de tal manera que se entienda que incluso la cobertura de aquellos riesgos inherentes al servicio médico (caso fortuito) forme parte del contenido del servicio garantizado. Véase. MUÑOZ MACHADO, Santiago, “Responsabilidad de los Médicos y responsabilidad de la Administración sanitaria (con algunas reflexiones sobre las funciones actuales de la responsabilidad civil)”, *Revista Documentación Administrativa*, Núm. 237-238, enero-junio, 1994, pp. 276-281. Sin llegar al extremo de afirmar a título general un régimen objetivo de responsabilidad, es interesante destacar en la doctrina colombiana la posición argumentativa de este autor que conviene en identificar no pocos supuestos en donde el título de imputación a aplicar no es otro que el de riesgo. Véase. TAMAYO JARAMILLO, Javier, *Tratado de Responsabilidad civil*, Legis, Tomo I, 2ª edición, Bogotá, 2007, pp. 1069-1080. En el mismo sentido parecen pronunciarse. PARRA GUZMÁN, Mario, *Carga de la prueba en la Responsabilidad médica*, Doctrina y Ley LTDA, Bogotá, 2004, pp. 12 y 42; SANTOS BALLESTEROS, Jorge, *La responsabilidad civil médica en el Derecho colombiano*, Tratado de Responsabilidad médica, Responsabilidad civil, penal y hospitalaria, Legis-Ubijus, 1ª edición, Bogotá, 2007, pp. 481 y ss.

desconcentra la prestación de dicho servicio originariamente atribuido al Estado en cabeza de las Entidades Promotoras de Salud; entidades que si bien, no deben ser necesariamente privadas, la finalidad de su creación se traduce en la liberalización de la prestación de dicho servicio. Esta finalidad sin lugar a dudas se ha venido llevando a cabo de manera cada vez más acentuada, hasta existir en la actualidad Entidades Promotoras de Salud –EPS., que en su gran mayoría son de naturaleza jurídico-privadas, o en su defecto mixtas, quedando muy pocas Entidades Promotoras de Salud de naturaleza jurídico-pública, como puede ser el caso de CAPRECOM EPS. Así las cosas, las EPS son garantes de la prestación del servicio de salud, fungiendo como administradoras del Sistema de Seguridad Social en Salud. A tal efecto, estas entidades de promoción pueden garantizar la prestación de dichos servicios a través de la creación de su propia red de servicio (Instituciones Prestadoras de Servicio propias), o a través de la conformación de una red de servicio que se lleva a cabo mediante la contratación que esta efectúe con clínicas y hospitales de manera independiente y autónoma. Por tanto, la prestación propiamente dicha del servicio de salud les corresponde a las Instituciones Prestadoras de Salud –IPS., quienes casi en la gran totalidad de los casos prestan dichos servicios en virtud de la contratación efectuada entre estas y las EPS. Por último, hay que destacar que los profesionales de la salud que, en últimas, son quienes prestan materialmente el servicio médico o sanitario, son habitualmente contratados tanto por las EPS como por las IPS. Sirva de ejemplo aquellos eventos en los que las EPS son quienes han creado su propia red de servicios a través de la cual prestan el servicio público de salud; en estos supuestos las EPS son quienes directamente contratan los servicios de los profesionales sanitarios.

Podríamos decir que la prestación del servicio público de salud en España se lleva a cabo de manera más convencional, en tanto que dicha gestión sigue siendo de titularidad pública. Dentro del tráfico jurídico español suele denominarse “Administración sanitaria” al conjunto de servicios de salud de titularidad pública, los cuales se encuentran en cabeza del Estado propiamente dicho y de las Comunidades Autónomas. Si bien la prestación del servicio se lleva a cabo por organismos dependientes de las Comunidades Autónomas, ello no quiere decir que el Estado o las comunidades autónomas propiamente dichas, en casos excepcionales, no puedan llevar a cabo de manera directa dicha prestación. Estas entidades u organismos dependientes de las comunidades autónomas que prestan los correspondientes servicios de salud también se encuentran inmersas dentro de la referida categoría (Administración sanitaria), siendo perfectamente posible imputarles responsabilidad patrimonial de manera directa y exclusiva por la causación de algún daño antijurídico cuando ostenten personería jurídica. De igual manera, hay que destacar la participación que las entidades privadas tienen en el Sistema Nacional de Salud, en tanto que pueden gestionar la prestación del servicio público sanitario previo cumplimiento de los requisitos exigidos por la normativa legal.

El enjuiciamiento de las actividades médicas o sanitarias presupone la confrontación de las mismas respecto de un parámetro objetivo para identificar el grado de corrección o de cumplimiento exacto de las obligaciones de los profesionales de la salud. Sin embargo, es importante señalar que estas actividades perfectamente enjuiciables, aunque no por ello de fácil tarea, no deben circunscribirse exclusivamente a este género específico de actividades, sino que debe ampliarse al conjunto de actividades asistenciales que incluyen una serie de prestaciones que vienen a garantizar un mayor éxito en la actividad médica concreta. Este tipo de prestaciones asistenciales, que caracterizan el funcionamiento abstracto del servicio médico-hospitalario enfocan el

protagonismo no solo en el profesional de la salud sino en el centro asistencial, clínica u hospital. El funcionamiento exigido de estos servicios organizacionales abarcan desde los aspectos de dirección, coordinación y mantenimiento, control y verificación de los instrumentos o equipos imprescindibles para llevar a cabo la actividad médica; hasta la garantía del funcionamiento del servicio de salud en condiciones de calidad, eficacia y seguridad. Por tanto, los daños o perjuicios que se ocasionen de manera directa o indirecta en virtud del defectuoso funcionamiento asistencial comprometerá no ya la responsabilidad del profesional de la salud, sin perjuicio de que este resulte vinculado en razón al incumplimiento concurrente de sus obligaciones, sino al centro asistencial clínica u hospital.

Así las cosas, y una vez hecha esta distinción primordial en lo que tiene que ver con las dos grandes fuentes generadoras de responsabilidad médico-hospitalaria, es importante manifestar que la actividad de las Empresas Promotoras de Salud al organizar, administrar y, en general, garantizar la prestación del servicio de salud, en virtud del mandato estatuido en el artículo 177 y subsiguientes de la Ley 100 de 1993, (modificada por Ley 1122 de 2007, Ley 1438 de 2011, Ley 1562 de 2012), constituye otra de las fuentes generadoras de responsabilidad por esta causa. Dicho de otro modo, las actividades propias de las EPS a pesar de ostentar un gran componente administrativo inciden de manera vital y determinante no solo en la actividad organizacional y, por tanto, en el funcionamiento asistencial de los centros médicos, sino también en la actividad médica propiamente dicha, pues en no pocas ocasiones, esta actividad profesional se encuentra sometida a las directrices y políticas que muchas veces fijan estas Entidades de Promoción. Por tal motivo, resulta necesario calificar a las EPS, como uno de los grandes protagonistas del funcionamiento del servicio público de salud en Colombia, siendo perfectamente posible vincular su responsabilidad por el funcionamiento defectuoso de dicho servicio²²⁰.

2. LA CULPA MÉDICA COMO CRITERIO FUNDAMENTAL PARA LA IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD EN LA ACTIVIDAD MÉDICO-HOSPITALARIA: PRESUPUESTO NECESARIO EN LAS RECLAMACIONES DE RESPONSABILIDAD OBJETO DE ESTUDIO

La diligencia médica desde una concepción amplia constituye un deber de conducta intrínseco a la gestión del profesional de la salud, quien debe dirigir todas y cada una de las actividades que desempeñe en el marco de sus funciones al cumplimiento de los requerimientos propios de los estándares de calidad fijados por las reglas del oficio médico.

La determinación del cumplimiento más o menos exacto de las obligaciones a cargo de los profesionales de la salud, así como de los centros asistenciales, y en su caso, de las Empresas Promotoras de Salud, se logra del resultado obtenido de la confrontación realizada entre la actividad enjuiciada y el parámetro objetivo o estándar de calidad exigido y, de constante variabilidad, de conformidad con el estado actual de los

²²⁰ Sobre esta cuestión, señala de manera expresa este autor: “Las EPS responden porque ellas reciben un beneficio económico o contraprestación por cada afiliado o beneficiario y son las encargadas de seleccionar o escoger las IPS que deben prestar esos servicios”. MARTINEZ RAVE, Gilberto, *Responsabilidad civil extracontractual*, Temis S.A., 10ª edición, Bogotá, 1998, p. 423. Siguiendo esta misma línea. Ver. YEPEZ RESTREPO, Sergio, op.cit. pp. 79-80 y 85-88.

conocimientos científicos de la ciencia médica. Así las cosas, aquellas obligaciones que no alcancen el grado mínimo de cumplimiento requerido por el umbral exigido por las normas o parámetros objetivos de actuación que rigen la actividad médica y hospitalaria en general, adolecerán de negligencia o culpa, que no significa otra cosa que, la falta de diligencia debida atendiendo a las circunstancias concretas del caso²²¹.

Desde esta óptica, la culpa, negligencia o infracción al deber de cumplimiento de ese umbral de exigencia constituye un elemento determinante en el enjuiciamiento de la actividad médica²²², así como en el estudio de las demandas de responsabilidad que aquí nos encontramos abordando, en tanto que la ocurrencia de la referida falta de diligencia o negligencia constituirá un requisito “sine qua non” para la reparación de los daños ocasionados.

2.1 La “lex artis” como instrumento definidor de las conductas médico-hospitalarias

El parámetro objetivo o umbral de exigencia al que hemos venido haciendo referencia, y que constituye el instrumento definidor del grado del cumplimiento de las obligaciones a cargo de los profesionales de la salud, no solo debe referirse al acto médico en concreto sino que también sirve para evaluar a partir de allí, las conductas organizativas y asistenciales de otros entes que son los encargados de gestionar la prestación del servicio público o privado de salud, por tanto, bien puede considerarse que el mencionado parámetro objetivo o umbral de exigencia, en principio referido al acto médico en sí, perfectamente puede aplicarse para el enjuiciamiento de actividades organizativas o asistenciales como las que podrían derivarse de las que ejecutan los centros asistenciales, bien se trate de clínicas u hospitales, y aquellas desarrolladas tanto por las Entidades Promotoras de Salud – EPS como por las Empresas de Medicina Prepagada.

La locución latina “lex” tiene múltiples acepciones, una de ellas se refiere al término reglas o directrices de cualquier arte u oficio. La locución “lex artis” puede aplicarse *grosso modo* a cualquier actuación profesional, pues cualquier actividad profesionalmente conlleva la realización de una técnica o un arte para su desarrollo. No obstante, esta expresión se ha venido utilizando a nivel mundial para referirse al desempeño de la actividad médica-hospitalaria e, incluso, no pocos han circunscrito su radio de acción al acto médico en concreto. En todo caso, que la locución “lex artis” haya adquirido un significado que haga referencia a un estándar o parámetro objetivo de actuación, y que resulte casi exclusivamente relacionada con la actividad médico-

²²¹ Calificando la culpa como un error de conducta, en donde se manifiesta un juicio de reproche fundado en haberse actuado de manera distinta a lo que normalmente se espera. Es decir, en forma distinta a lo que la diligencia y la prudencia promedio sugieren. Ver. PÉREZ DE LEAL, Rosana, *Responsabilidad civil del médico. Tendencias clásicas y modernas*, Universidad, Buenos aires, 1995, p. 31.

²²² Es de destacar como algunos autores clasifican tal infracción al deber de cumplir con aquel parámetro objetivo de actuación médica como una de las distintas modalidades de culpa, distinguiéndola de aquellas que se refieren a la impericia, imprudencia y negligencia. No obstante, consideramos que tal distinción o clasificación resulta infortunada, en tanto que es justamente la infracción a tales parámetros lo que determinará el acaecimiento de estas últimas. Incurriendo en este tipo de interpretaciones. Ver. YEPEZ RESTREPO, Sergio, *La responsabilidad civil médica*, op.cit. pp. 79-81.

hospitalaria se trata de un fenómeno relativamente reciente.²²³

Esta expresión dentro del ámbito médico tampoco tiene un sentido único, pues atendiendo a la naturaleza de su contenido se puede experimentar cierto dinamismo semántico que presupone la existencia de varios significados, así como de un impulso a la aparición de nuevos significados que vaya exigiendo la evolución de la sociedad. La “lex artis” no solo hace referencia a la totalidad de los conocimientos de la ciencia médica sino también a la existencia de un estándar de actuación del profesional médico, clínicas, hospitales y EPS, asimismo a la calidad de las obligaciones que a los profesionales médicos les corresponde según el grado de especialidad que ostenten e, incluso, al deber de información respecto del paciente.

En este sentido, y obviando un poco la rigurosidad del autor español Martínez-Calcerrada al circunscribir la referida locución al acto médico en concreto, resultan interesantes sus consideraciones al respecto. En este sentido señala:

“A. Como tal lex, implica una regla de medición de una conducta, a tenor de unos baremos que valoran la misma.

B. Objetivo: Se trata de valorar la corrección o no del resultado de dicha conducta, o su conformidad con la técnica normal requerida, o sea, que esa actuación médica sea adecuada o se corresponda con la generalidad de conductas profesionales ante casos análogos.

C. Técnica: Los principios o normas de la profesión médica en cuanto ciencia se proyectan al exterior a través de una técnica y según el arte personal de su autor.

D. Profesionalidad: El autor o afectado por la lex es un profesional de la medicina.

E. Módulos de integración axiológica: a) autor: circunstancias personales y profesionales -especialidad- del médico; b) del objeto sobre que recae: especie de acto (clase de intervención, gravedad o no, dificultad de ejecución); c) factores endógenos: tanto en la intervención o en sus consecuencias, puede haber influido el estado del enfermo -grave o no-, así como sus familiares –tensión suplicante por la enfermedad-, la misma organización sanitaria –deber de actuar o no, con medios o instrumentos adecuados o no-,etc.

F. Concreción de cada acto médico o presupuesto ad hoc: tal vez sea este el aporte que individualiza a dicha lex artis. Así como en toda profesión rige una lex artis, que condiciona la corrección de su ejercicio, en la médica esa lex, aunque tenga un sentido general, responde a las peculiaridades de cada acto, en donde influirán en un sentido u otro los factores antes vistos (no es igual valorar a efectos de responsabilidad, v.gr., una asistencia a un enfermo moribundo, que a otro leve; una autopsia, que un reconocimiento; recomendar un tratamiento dietético,

²²³ GIMENEZ CANDELA, Teresa “Lex artis y responsabilidad médico-sanitaria: una perspectiva actualizada”, *Revista Aranzadi de Derecho patrimonial*, No. 17, 2006, pp. 67-68.

que suministrar un medicamento; practicar una cesárea un médico rural de Condemios de Abajo, que el equipo médico del Queen Victoria medical Center de Melbourne; etc.)”²²⁴.

Sin perjuicio de lo anteriormente comentado, podríamos concluir que el aforismo “lex artis” o ley del arte, en términos generales, hace referencia a un conjunto de reglas de valoración objetiva de permanente actualización sobre la corrección en la prestación del servicio de salud, las cuales permiten a su vez, apreciar si la actividad enjuiciada se llevó a cabo de conformidad con lo que se estima que es correcto o que debe hacerse²²⁵. Dicho de otro modo, implica un parámetro objetivo de medición de la actividad médica y, por tanto, de la prestación del servicio de salud en general a tenor de unos baremos que califican el grado más o menos exacto del cumplimiento de las obligaciones a cargo. A este respecto algunos autores van más allá y califican la “lex artis” como un ordenamiento secundario, en tanto que define cuál debe ser el grado de diligencia que el profesional de la salud deba llevar a cabo en el ejercicio de sus actividades, es decir, que fijan ciertas pautas de conductas que deben ser atendidas²²⁶.

Este conjunto de reglas o directrices normativas no se encuentran positivizadas en su totalidad en una ley o en un compendio normativo de reglas técnicas. Se encuentran en las reglas de la experiencia médica, en los usos habituales que se llevan a cabo por la comunidad médica para casos análogos, es decir, en los usos que son constantes universalmente admitidas dentro de la medicina, en los protocolos médicos que responden a la cristalización escrita de criterios de prudencia que permiten definir en cierta medida lo que se considera una práctica profesional adecuada, y en preceptos jurídicos que incorporen algunas referencias orientativas en lo concerniente a la ejecución de este tipo de prácticas profesionales²²⁷, v.gr. la ley 23 de 1981 que crea el Código de Ética Médica en Colombia, y la ley 41 de 2002 y 44 de 2003, que regulan en el marco del ordenamiento jurídico español todo lo relativo a los derechos y deberes de los pacientes en materia de información y documentación clínica, y ordenan las profesiones sanitarias. En definitiva, la “lex artis” se conforma del conjunto de saberes, técnicas y conocimientos universales perfectamente consolidados y autorizados por parte de la comunidad médica científica.

Nuestra jurisprudencia ha venido aplicando desde sus primeros pronunciamientos a este respecto los criterios propios de la “lex artis”, aun cuando en ellos no haya hecho referencia expresa a esta locución, sometiendo la conducta profesional médica al cumplimiento de ciertos criterios de corrección o parámetros de medición que indiquen

²²⁴ MARTINEZ-CALCERRADA GOMEZ, Luis “Responsabilidad Civil”, Colex, 3ª edición, Madrid, 2004, pp. 246-247.

²²⁵ En este sentido, véanse las interesantes consideraciones jurídicas que efectúa el Tribunal Supremo español, en una de las primeras sentencias en las que hace uso de la expresión “lex artis”. STS, Sala Primera, de 11 de marzo de 1991, 13345/1991. Por su parte, en la jurisprudencia colombiana, es de destacar los pronunciamientos que a este respecto ha efectuado la Corte Suprema de Justicia. Ver. Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Expediente No. 5507, de 30 de enero de 2001, M.P. José Fernando Ramírez Gómez. Destacando el carácter dinámico y progresivo de los usos médicos o reglas propias del oficio médico. Ver. CARRILLO FABELA, Reyna, “El perito y la prueba pericial en asuntos de responsabilidad médica”, *Tratado de Responsabilidad médica. Responsabilidad civil, penal y hospitalaria*. Legis-Ubijus, 1ª edición, Bogotá, 2007, p. 549; SERRANO ESCOBAR, Luis, *Nuevos conceptos de responsabilidad médica*, Doctrina y Ley LTDA, Bogotá, 2000, p. 128.

²²⁶ MARTINEZ-CALCERRADA GOMEZ, Luis, op.cit. p. 69.

²²⁷ En este mismo sentido. SOLÓRZANO GARAVITO, Carlos, *Derecho Penal y Responsabilidad Médica en Colombia*, Ed. Nueva Jurídica, 1ª edición, Bogotá, 2011, pp. 79-80.

si la prestación del servicio profesional resulta acorde a los estándares de actuación previamente exigidos. En consecuencia, se evidencia de manera clara la idea de que estamos ante obligaciones de medios que están instituidas para seguir las pautas de comportamiento que van fijando los descubrimientos científicos y técnicos en esta materia. Sin lugar a dudas, la jurisprudencia colombiana en materia de responsabilidad resarcitoria se ha visto claramente influenciada tanto en el ámbito privado como en el ámbito público por la jurisprudencia francesa, principalmente en sus inicios, y, la materia relativa a la responsabilidad médico-hospitalaria, no ha constituido precisamente una excepción. El famoso fallo “Mercier” en 1936 que significó un importante avance en el estudio de la responsabilidad médica calificó como obligación de medios este tipo de actividades, en donde el profesional de la salud solo se obliga a suministrar los medios disponibles y los cuidados necesarios que contribuyan al mejoramiento del estado de salud del paciente, de conformidad con los conocimientos científicos y técnicos vigentes. Es evidente la influencia que este pronunciamiento tuvo en la Corte Suprema de Justicia y, más adelante, en el Consejo de Estado, lo cual contribuyó sin duda alguna a que el título de imputación referido a la culpa haya constituido la piedra angular en el estudio de la responsabilidad médica en nuestro país²²⁸.

El cúmulo de contextos que se pueden originar en el marco de la actividad médico-hospitalaria junto con las múltiples circunstancias concurrentes que pueden acaecer en un caso específico ha provocado la proliferación de un sinnúmero de reglas técnicas adicionales de variable aplicación de acuerdo a las concretas circunstancias de modo, tiempo y lugar, hasta el punto de que el concepto de ley del arte ha sido redefinido -por algunos autores desde un principio, y ha tomado fuerza en la actualidad- al concepto de “lex artis ad hoc”, que quiere indicar la expresión: para cada acto una ley. Las particularidades propias de cada supuesto influyen en la actividad médico-hospitalaria de manera determinante provocando la adopción concreta de una técnica, un arte y un buen hacer médico específico, singularizado y personalizado²²⁹. En lo referente a la forma en cómo se cristaliza la “lex artis ad hoc” señala Martínez-Calcerrada:

“De todo lo anterior se puede afirmar, de modo geográfico, que en la medicina es una verdad apodíctica “cada acto, una ley”, en la idea de que cada acto médico precisa para su adecuado ajuste de corrección -es decir,

²²⁸ Véase esta sentencia en donde sin hacer aún referencia expresa a la “lex artis” se empieza a esculpir la doctrina de la culpa probada con base en la determinación de que en la generalidad de los supuestos de prestación médico-asistencial la obligación médica es una obligación de medios. De las consideraciones de la misma se logra ver la gran influencia no solo de la jurisprudencia francesa sino también de la doctrina de aquel país. Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, de 5 de marzo de 1940, M.P. Liborio Escallon. En apoyo a la doctrina fijada por la sentencia anterior se manifiestan muchas más. Véanse por ejemplo. Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, de 12 de septiembre de 1985, M.P. Horacio Montoya Gil; Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, de 26 de noviembre de 1986, M.P. Héctor Gómez Uribe., entre otras. En lo que respecta al Consejo de Estado, esta corporación también resulta notablemente influenciada por la doctrina y la jurisprudencia francesa. Desde un comienzo la jurisprudencia del Consejo de Estado destacó que el campo de la prestación médico-asistencial pertenece al ámbito de las obligaciones de medio, por lo que en un principio se siguió la línea argumentativa general sostenida por la Corte Suprema de Justicia: la falla o negligencia en la prestación del servicio por constituir una obligación de medios debía ser acreditada por quien la alegaba. Ver por ejemplo. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Tercera, Expediente No. 6367, de 7 de octubre de 1991, C.P. Carlos Betancur Jaramillo; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Tercera, Expediente No. 6477, de 14 de febrero de 1992, C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

²²⁹ Resaltando el reconocimiento que la jurisprudencia nacional ha efectuado a esta terminología en concreto. Ver. YEPEZ RESTREPO, Sergio, *La responsabilidad civil médica*, op.cit. p. 83. Haciendo uso de esta misma terminología. Ver. SANTOS BALLESTEROS, Jorge, op.cit. p. 519.

para valorar tanto el elemento causal, autor y diligencia desplegada, como el efecto o fin obtenido, resultado de dicho acto en el paciente/sociedad- la preexistencia de una *lex* que así lo juzgue, o, incluso, y en razón de la peculiar gestación de este en relación con aquel, se podría hasta opinar que es el mismo acto el que genera, por una especie de mecanismo de autorregulación, su propia ley, con la que, indefectiblemente, habrá de enjuiciarlo²³⁰.

El ingrediente adicional que supone la redefinición de este aforismo que constituye el parámetro objetivo de gran valía para la actividad médica, se refiere a la especial atención que debe prestarse a las circunstancias de modo, tiempo y lugar. Es decir, se deben valorar los distintos factores concurrentes en el caso concreto: la cualificación del agente que presta el servicio, la complejidad del procedimiento o tratamiento que se vaya a desplegar, los riesgos generales y personalizados que se pueden derivar de la prestación del servicio médico, el concreto estado de salud del paciente y la disposición de los instrumentos necesarios para llevar a cabo determinada intervención o tratamiento.

En suma, “la *lex artis ad hoc*” constituye un criterio valorativo, un parámetro general de valoración, un conjunto de reglas de tinte objetivo que permitirá inferir de manera razonable si el servicio médico prestado se adecua al criterio de corrección exigido según el estado actual de los conocimientos científicos y técnicos de la medicina. Dicho de otra manera, cada caso constituye una historia, cada situación puede revestir distintas particularidades que hagan necesaria una actuación cualificada, cada circunstancia está llamada a tenerse en cuenta por parte de aquellos que prestan el servicio de salud. En definitiva, esta locución redefinida hace referencia a la consigna de que para cada caso existe una pauta de comportamiento específica.

No obstante lo anterior, existen autores como es el caso de Fernández Hierro que consideran que las soluciones que pueden otorgar estos criterios de corrección son de un orden más aparente que real, en razón a la imposibilidad de que las normas que codifiquen estos criterios prevean todas las circunstancias que se puedan llegar a presentar. En este sentido señala:

“En definitiva la solución de la *lex artis* es más aparente que real, porque, al fin y al cabo, siempre habrá que determinar cuáles son los ciudadanos atentos y conscientes que, en cada caso concreto, haya que dar al paciente con arreglo a las normas actuales de la ciencia médica; y para averiguarlas, en cada supuesto específico, deberá producirse el reenvío del derecho a normas extrajurídicas; ya que ninguna ley positiva contempla la totalidad –ni casi ninguna, salvo supuestos límites- de las obligaciones que, en el puro ejercicio profesional, deba tener el médico, este comportamiento deberá averiguarse con arreglo a normas profesionales y científicas médicas”²³¹.

²³⁰ MARTINEZ–CALCERRADA GOMEZ, Luis, op.cit. p. 247. Este autor conviene en considerar la expresión “*lex artis ad hoc*” como más adecuada. LÓPEZ MESA, Marcelo, “Teoría General de la Responsabilidad civil médica en el Derecho argentino y comparado”, *Tratado de Responsabilidad médica. Responsabilidad civil, penal y hospitalaria*, Legis-Ubijus, 1ª edición, Bogotá, 2007, p. 83.

²³¹ FERNÁNDEZ HIERRO, José, *Sistema de responsabilidad médica*, Comares, 5ª edición, Granada, 2007, p. 292.

Es evidente, pues, que pretender codificar en normas de orden técnico o jurídico todas las circunstancias que se puedan llegar a manifestar en el ámbito médico-hospitalario constituye una empresa utópica. La expresión “lex artis” no puede interpretarse en el sentido estricto que al parecer la entiende el autor citado, aun cuando posteriormente matiza esta idea y opta por incluir dentro de dicha locución las normas tanto deontológicas aprobadas por los colegios profesionales u organizaciones médicas, así como los usos propiamente dichos que constituyen prácticas habitualmente aceptadas por la comunidad médica. Esta locución se debe interpretar como aquel conjunto de conocimientos científicos y técnicos universales que guían y determinan la conducta del galeno en específico, y la prestación del servicio médico-hospitalario en general; lo que no exime de que en cada caso concreto deba analizarse a la luz de los conocimientos existentes qué conducta se habría estimado como la más idónea e indicada. A mi consideración esto no conlleva a una solución aparente, es más, a partir de la objetivación –que no necesariamente codificación- de estos criterios existen directrices orientadoras que pueden permitir calificar más fácilmente la actividad del profesional de la salud y la de aquellos que sin serlo intervienen en la prestación médico-hospitalaria.

2.1.1 La naturaleza de la obligación médica. Referencias a los denominados supuestos de cirugías satisfactivas

Hablar de un grado de diligencia exigible en la actividad médico-asistencial descarta de entrada cualquier tipo de obligación de resultado que se pueda pretender endilgar. El profesional de la salud, así como todos aquellos que intervienen en la prestación médico-asistencial ostentan en la generalidad de los casos un deber de diligencia y prudencia que los hace deudor de una obligación de medios, siempre teniendo como parámetro fundamental el conjunto de saberes y conocimientos propios de la ciencia y la técnica que le resulten exigibles²³². Ello quiere decir que, el resultado que se pretenda obtener de cualquier intervención médica no puede ser garantizado a ningún paciente, toda vez que esto resultaría imposible si atendemos al carácter aleatorio que revisten las mismas. Dicho de otra manera, en modo alguno se puede asegurar que el resultado de cualquier intervención médica –entendiendo intervención en un sentido amplio- depende en exclusiva del proceder de quien la lleva a cabo, pues es claro, que también influyen de manera determinante en el mismo factores endógenos y exógenos que en muchas ocasiones resultan ajenos a su control. Así las cosas, lo que sí es dable garantizar, y en efecto se debe realizar, es el empleo de las técnicas que resulten más idóneas conforme a la “lex artis ad hoc”.

En términos generales, la obligación que se predica de la prestación del servicio de salud es aquella que se traduce en el deber de actuar conforme a la diligencia exigida por aquel parámetro o estándar de actuación, lo que excluye automáticamente cualquier obligación de resultado²³³. El médico cumple con su obligación de medio en el momento

²³² CARRILLO FABELA, Reyna, op.cit. p. 570.

²³³ En la doctrina española, pronunciándose en similares términos, aun cuando haciendo referencia al acto médico en concreto. Ver. BONILLA SANCHEZ, Juan, *La Responsabilidad médica extracontractual*, Laborum, Murcia, 2004, p. 47; JORDANO FRAGA, Francisco, “Obligaciones de medios y de resultados (A propósito de alguna jurisprudencia reciente)”, ADC, 1991, pp. 7 y ss; FERNÁNDEZ HIERRO, José, op.cit. p. 37. En la doctrina francesa. Ver. MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, León; TUNC, André, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, Ediciones Jurídicas Europa-América, traducción de Luis Alcalá-Zamora de la 5ª edición, Tomo I, Vol. 1, Buenos aires, 1963. p. 131; LE TOURNEAU, Philippe, “La responsabilidad médica en el derecho francés actual”, *Tratado de*

en que dispensa diligentemente el conjunto de remedios, técnicas, atenciones e intervenciones, que le son exigibles durante cualquier fase del procedimiento²³⁴; las cuales van a ostentar distinto grado de exigencia conforme el grado de jerarquía que posea el profesional médico o de la salud. Así, a un médico general no se le exigirá el mismo grado de diligencia que *a priori* se le debe exigir a un ginecólogo obstetra. De igual manera, cada grado de diligencia está intrínsecamente relacionado con la especialidad concreta que posea el médico, lo que se traduce en que no se le imputará responsabilidad civil a un cirujano por aquellas actividades que, en principio, resultaban exigibles al anesthesiólogo. El fracaso de cualquier tratamiento o intervención médica no implica per se la preexistencia de negligencia o falta de diligencia en el cumplimiento de la actividad; es cierto que el fin del acto médico lo constituye la obtención de la curación o del resultado que se espera conseguir, sin embargo, este no entra en el deber de actuación o contenido de la obligación de medio, propia no solo del médico sino de toda la actividad médico-hospitalaria. En este sentido, la diligencia del obligado a suministrar el servicio de salud, o la actividad médica en concreto, consiste en la prestación de la asistencia conforme a la “lex artis ad hoc”, independientemente de que luego se materialice o no el resultado que finalmente se esperaba conseguir²³⁵. El código de ética médica de Colombia a este respecto señala en el inciso primero de su artículo 16: “La responsabilidad del médico por reacciones adversas, inmediatas o tardías, producidas por efecto del tratamiento no irá más allá del riesgo previsto”. Aquí se puede reflejar de manera clara como aquellos sucesos que resulten imprevistos de conformidad con la “lex artis ad hoc” no pueden ser imputables al profesional de la salud, exceden su deber de competencia.

Este criterio se ha mantenido en términos generales en la jurisprudencia contencioso-administrativa tanto colombiana como española e, incluso, en la jurisprudencia civil de ambos países.

La jurisprudencia contencioso-administrativa colombiana ha enfatizado en no pocas ocasiones que las obligaciones médico-asistenciales deben ser de medios y no de resultados, apoyándose en la mayoría de los argumentos que a este respecto se utilizan: el conocimiento de la ciencia médica no resulta ilimitado, su indeterminabilidad como característica inherente dificulta garantizar resultados precisos, los factores endógenos y exógenos pueden incidir de manera determinante en el acaecimiento de un resultado no deseado, el cuerpo humano no reacciona siempre de la misma manera ante los tratamientos médicos que se lleven a cabo, etcétera. Así las cosas, esta Corporación ha venido manteniendo una línea jurisprudencial en la que la diligencia desplegada en el

Responsabilidad médica. Responsabilidad civil, penal y hospitalaria, Legis-Ubijus, 1ª edición, Bogotá, 2007, p. 413, 416 y 419.

²³⁴ Algunos autores españoles han calificado las obligaciones de medio como prestaciones instrumentales de resultados, bajo el entendido de que la prestación de resultado no consiste en la curación propiamente dicha sino en el acto médico concreto. Véase. DE ÁNGEL YAGUEZ, Ricardo, “El resultado en la obligación del médico. ¿Ideas sensatas que pueden volverse locas?”, *Estudios de Derecho de Obligaciones*, La Ley, Madrid, 2006, p. 430. En el mismo sentido. GALÁN CORTES, julio, op.cit., p. 68. Sin embargo, es de resaltar como en nuestra doctrina hay quien rechaza esta clasificación de obligaciones de medios y de resultados originaria del derecho francés, pues se considera que no se compagina con la clasificación que efectúa el artículo 1604 del Código civil colombiano. Ver. OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo, *Régimen General de las Obligaciones*, Temis S.A, 8ª edición, Bogotá, 2008, p. 120-121; SARMIENTO GARCÍA, Manuel, *Estudios de responsabilidad civil*, Universidad Externado de Colombia, 2ª edición, Bogotá, 2009, p. 258.

²³⁵ CASTAÑO DE RESTREPO, María, op.cit. p. 126.

servicio público de salud integra en gran parte el análisis jurídico para determinar la existencia de responsabilidad civil o patrimonial del Estado²³⁶. Al respecto ha señalado:

“También pone de presente la sala que al revocar la decisión del a - quo no está partiendo del supuesto que la obligación médica implica una obligación de resultado. No, es una obligación [de] medio, tal como ha tenido oportunidad de afirmarlo en varias sentencias y en especial en la de octubre 7 de 1991 (...) En el caso sub - júdice se puso en evidencia que esa obligación de medio fue incumplida en forma flagrante, porque todo da a entender que el servicio de maternidad del Hospital General de Medellín no funcionó de acuerdo con las exigencias de la ciencia médica y que otra hubiera sido la suerte de la paciente si se le hubieran puesto a su servicio los medios adecuados y oportunos que su estado requería y que sus condiciones morfológicas mostraban. No es disculpa la gran cantidad de casos que allí se atiende, precisamente porque su especialidad impone mejores técnicas y una infraestructura de servicio más completa”²³⁷.

Así mismo, pero de manera aún más clara el Consejo de Estado califica como obligaciones de medio aquellas que surgen en virtud de la actividad médico-asistencial negando la posibilidad de que se pueda asegurar un resultado específico. A este respecto señala:

“el “ad quem” desea dejar en claro que la responsabilidad médica sigue siendo tratada en la Jurisprudencia de la Corporación como de medios, o sea de prudencia y diligencia, lo que obliga al profesional de la medicina y a los centros de atención, a proporcionar al enfermo todos aquellos cuidados que conforme a los conocimientos científicos, y a la práctica del arte de curar, son conducentes para tratar de lograr el fin deseado, siendo igualmente cierto que no se puede ni debe asegurar la obtención del mismo”²³⁸.

²³⁶ La disparidad existente a lo largo de la evolución jurisprudencial de esta corporación en lo que tiene que ver con la responsabilidad patrimonial del Estado por la prestación de servicios médico-asistenciales, ha hecho referencia a la cuestión relativa a quién le corresponde la carga de probar o acreditar la falla del servicio, mas no a la exigibilidad de esta última.

²³⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Tercera, Expediente No. 6477, de 14 de febrero de 1992, C.P. Carlos Betancur Jaramillo. No obstante, existen fallos minoritarios de esta Corporación que de ninguna manera coinciden con la línea seguida por ella, en los que se propugna por un régimen de responsabilidad objetiva cuando el daño surge en ocasión a la actualización de riesgos previsibles y siempre que dichos daños resulten graves y no ostenten relación con el estado inicial del paciente. Ver. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Tercera, Expediente No. 10251, de 4 de septiembre de 1997, C.P. Ricardo Hoyos Duque. En el marco de esta misma línea excepcional e infortunada a nuestro modo de ver, se podría clasificar aquella sentencia que destaca la aplicación de este régimen objetivo de responsabilidad en el campo de la obstetricia. Véase a este respecto. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Tercera, Expediente No. 12123, de 16 de agosto de 2000, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. En términos similares, aunque al final fundamenta la condena en el régimen de falla presunta del servicio. Véase. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Tercera, Expediente No. 11802, de 19 de febrero de 1998, C.P. Daniel Suarez Hernández.

²³⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Tercera, Expediente No. 7973, de 18 de abril de 1994, C.P. Julio Cesar Uribe Acosta.

En similares términos se manifiesta la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo español, cuando considera que pertenece a la naturaleza de las cosas la imposibilidad de garantizar el resultado que se desea en una intervención médica. En este sentido precisa:

“Por más perfecta que sea la asistencia médica que se haya prestado a un paciente, hay una multitud de causas que pueden determinar que una intervención quirúrgica fracase, entre otras razones, porque se está actuando sobre un cuerpo vivo, cuya complejidad, y también fragilidad, es patente.

(...) El sentido común proclama, y la experiencia confirma, que pertenece a la naturaleza de las cosas la imposibilidad de garantizar el feliz resultado de una intervención quirúrgica (y, en general, de ningún acto médico). Y cuando decimos esto no estamos refiriéndonos al caso de que el servicio haya funcionado mal, lo que, obviamente, entra dentro de lo previsible. Es que también puede ocurrir –y ocurre- que habiéndose respetado escrupulosamente las reglas de la *lex artis*, habiéndose actuado con arreglo a los protocolos establecidos, habiendo funcionado perfectamente el instrumental y demás medios materiales, y siendo diligente, eficaz y eficiente la actuación del equipo médico actuante, puede fracasar –total o parcialmente- el acto sanitario realizado.

La técnica quirúrgica por más sofisticada que haya llegado a ser en nuestros días, tiene siempre un componente, mayor o menor, de agresión a esa maravillosa, pero delicadísima, arquitectura que es el viviente humano. Actuar quirúrgicamente sobre el cuerpo humano es operar sobre un organismo cuyos puntos débiles -incluso con la tecnología de alto nivel de la que hoy se dispone- difícilmente pueden llegar a conocerse de antemano en su totalidad.

(...) Por más paradójico que parezca, es un hecho innegable que quien se somete a una intervención quirúrgica pone en riesgo su vida, porque en todo acto sanitario, y en particular en los de ese tipo hay siempre un componente de azar. Y por eso, para quedar libre de responsabilidad por los eventuales daños que pueda sufrir el paciente con ocasión –que no por causa- del acto médico, la Administración pública sanitaria ha de obtener previamente el consentimiento informado del paciente”²³⁹.

En este orden de ideas, es necesario precisar que aun cuando la actividad médico-asistencial contenga una finalidad específica, tal objetivo propiamente dicho permanece y debe permanecer fuera del ámbito obligacional de quien se encuentra obligado a prestar el servicio de salud toda vez que resulta imposible garantizarlo. Así, el objeto de la obligación médico-asistencial no puede ni debe ser más que la exigencia relativa a una actividad diligente²⁴⁰ y sometida a la “*lex artis*”, desvinculándose totalmente del fin que se busca; en ello, precisamente consiste la obligación de medio. Por contra, en las obligaciones de resultado sí podríamos decir que esta finalidad se integra dentro el deber de actuación del deudor, pudiéndosele imputar responsabilidad por el no acaecimiento

²³⁹ STS, Sala Tercera, de 10 de mayo de 2005, 2943/2005.

²⁴⁰ FERNÁNDEZ HIERRO, José, op.cit. p. 37.

del resultado que se esperaba obtener, con total independencia de si existió una actuación diligente o culpable. En este tipo de obligaciones la cuestión estriba en lo referente a la causalidad y no a la culpabilidad, porque quien se obliga solo se verá exonerado de responsabilidad en caso de que acredite la ruptura del nexo causal, siendo totalmente inocua la prueba de si se actuó de manera diligente o no²⁴¹. Pretender establecer a título general este régimen obligacional dentro del ámbito de las actividades médicas atentaría de manera directa con la naturaleza de este tipo de prestaciones, pues de alguna u otra manera se obligaría a los responsables de la prestación del servicio médico-asistencial a garantizar resultados que según la “lex artis ad hoc” resultan imposibles de cubrir.

Las actividades propias de la prestación médico-asistencial no solo se circunscriben a aquellas que buscan el restablecimiento de un estado óptimo de salud, y que se han denominado como prestaciones propias de la “medicina curativa”, sino también a aquellas actividades que buscan el mejoramiento de un aspecto físico o estético del cuerpo humano, o la transformación de una actividad biológica (eliminación de la capacidad reproductiva del ser humano), en donde la razón del sometimiento a este tipo de prestaciones proviene exclusivamente de la voluntad del paciente, y no de la necesidad de atender cualquier patología que amenace o afecte directamente su salud. Este tipo de prestaciones médicas integran lo que se conoce como “medicina voluntaria o satisfactiva”. Es claro que existe un importante grado de distinción entre estos dos tipos de prestaciones médicas. Si bien en uno la finalidad preponderante es el restablecimiento de un estado saludable en la medida de las posibilidades, en el otro la finalidad atiende a transformar o embellecer cierto componente anatómico sano, por lo que la intervención no se hace necesaria desde ningún punto de vista médico, sino que el sometimiento a ella proviene exclusivamente de la voluntad del paciente.

Existe un pronunciamiento muy interesante en este sentido por parte del Tribunal Supremo, el cual señala:

“Tal doctrina ha de matizarse por referencia a la distinción entre medicina curativa y medicina satisfactiva, que como señala la sentencia de 3 de octubre de 2000 (Rc 3905/96), consiste, “a grandes rasgos, en que la primera es una medicina de medios que persigue la curación y la segunda una medicina de resultados a la que se acude voluntariamente para lograr una transformación satisfactoria del propio cuerpo. En la primera la diligencia del médico consiste en emplear todos los medios a su alcance para conseguir la curación del paciente, que es su objetivo; en la segunda no es la necesidad la que lleva a someterse a ella, sino la voluntad de conseguir un beneficio estético o funcional y ello acentúa la obligación del facultativo de obtener un resultado e informar sobre los riesgos y pormenores de la intervención.

(...) El resultado, en la cirugía satisfactiva, opera como auténtica representación final de la actividad que desarrolla el profesional, de tal suerte que su consecución es el principal criterio normativo de la intervención. Por el contrario, cuando se actúa ante un proceso patológico, que por sí mismo supone un encadenamiento de causas y efectos que hay

²⁴¹ LUNA YERGA, Álvaro, *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad*, Civitas, Madrid, 2004, pp. 94-135; SANTOS BRIZ, Jaime, “La responsabilidad civil de los médicos en el derecho español”, *Revista de Derecho Privado*, enero-diciembre 1984, pp. 643-681.

que abordar para restablecer la salud o conseguir la mejoría del enfermo, la interferencia de aquel en la salud convierte en necesaria la asistencia y eleva a razón primera de la misma los medios que se emplean para conseguir el mejor resultado posible. El criterio normativo aplicable se centra entonces en la diligencia y adecuación en la instrumentación de aquéllos, teniendo en consideración las circunstancias”²⁴².

No obstante, no es posible ocultar la discrepancia doctrinal y jurisprudencial que a todas luces existe en torno a la cuestión relativa a la naturaleza de las prestaciones propias de la “medicina voluntaria”. Es evidente, pues, que en ellas los paciente acuden con la finalidad concreta de obtener un resultado específico que esperan se lleve a cabo. La posibilidad considerable de que el resultado deseado no se presente no constituye un hecho que la sociedad en general y, gran parte de la doctrina jurídica, se encuentren en situación de tolerar; de ser así, probablemente el paciente no se habría sometido a dicha intervención. Por tal motivo, no pocos autores han calificado este tipo de prestaciones como auténticas obligaciones de resultado²⁴³, entienden que el profesional que presta este tipo de servicios se compromete con el paciente a la realización de dicha transformación o embellecimiento que tiene por objeto cualquier componente anatómico del cuerpo humano, no sirviendo de excusa el empleo diligente de los medios, herramientas y técnicas existentes según el estado de la ciencia médica para la realización de la actividad de que se trate. Valga resaltar que por lo general este tipo de prestaciones son más propias de la medicina privada y no suelen llevarse a cabo en el marco de los servicios públicos de salud.

En concreto, lo que se argumenta es que en estas prestaciones el “margen de alea” se reduce de manera considerable, lo que excluye el acaecimiento de circunstancias imprevistas e inevitables que impidan la realización del resultado deseado. Dicho de otro modo, el fracaso del resultado no depende de un componente azaroso sino de la práctica médica propiamente dicha. De hecho, algunos autores van más allá, y en el marco de los procesos de diagnóstico consideran que existen gran variedad de pruebas que aumentan de manera considerable el índice de previsibilidad, reduciendo de manera correlativa el “margen de alea” que pueda existir durante las prestaciones de este tipo de servicios, lo que entiendo se traduce en la alta probabilidad o en una supuesta garantía de obtención de un resultado fiable. Esto ha servido como fundamento para clasificar este tipo de prestaciones como meras obligaciones de resultado²⁴⁴.

Algunos otros, introducen un matiz interesante, que dicho sea de paso, al parecer ha hecho eco en la jurisprudencia civil colombiana y en algunas sentencias españolas, el

²⁴²STS, Sala Tercera, de 2 de octubre de 2007, 6878/2007.

²⁴³ Adoptando esta línea argumentativa en la doctrina española. Véanse a título de ejemplos. BONILLA SANCHEZ, Juan, op.cit. p. 46; FERNÁNDEZ HIERRO, José, op.cit. pp. 48 y ss.; MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ, José, *La cirugía estética y su responsabilidad*, Comares, Granada, 1997, En lo que respecta a la doctrina colombiana. Ver. SANTOS BALLESTEROS, Jorge, op.cit. p. 530; VELÁSQUEZ POSADA, Obdulio, op.cit. p. 44.

²⁴⁴ Sobre esta cuestión. Ver. FERNÁNDEZ COSTALES, Javier, *La responsabilidad civil sanitaria (Médica y de enfermería)*, Actualidad civil-La Ley, Madrid, 1995, pp. 60-61. En el mismo sentido. Véase también. FERNÁNDEZ HIERRO, José, op.cit. p. 27; ROMERO COLOMA, Aurelia, “*La medicina ante los derechos del paciente*”, Montecorvo, Madrid, 2002, p. 128-129, 133; SANCHEZ GÓMEZ, Amelia, “*Contrato de servicios médicos y contrato de servicios hospitalarios*”, Tecnos, Madrid, 1998, pp. 136-137; YZQUIERO TOLSADA, Mariano, “*La responsabilidad civil del profesional liberal. Teoría General*”, Reus S.A, Madrid, 1989, p. 50.

cual condiciona la calificación como obligaciones de resultado a lo que expresamente se haya estipulado en el contrato suscrito entre el médico y el paciente. A partir de ahí, es posible constatar si la obligación médica es de medios o de resultado. Entienden que si no se pacta nada al respecto, lo cual resulta poco convincente si se tiene en cuenta que en esta clase de servicios médicos el galeno suele asegurar un resultado, se aplicará la regla general correspondiente a la responsabilidad médico-hospitalaria, que implica la preexistencia de culpa a efectos de imputar responsabilidad civil²⁴⁵.

Existe otra corriente doctrinal que a mi consideración resulta más razonable pues no desconoce un hecho primordial: aun cuando se esté hablando de cirugías satisfactivas o voluntarias, estas siguen comportando aquel componente de álea o azar propio de la actividad médica. Se trata, pues, de mantener la consideración de que este tipo de prestaciones médicas son auténticas obligaciones de medios²⁴⁶. Resulta innegable que cualquier intervención quirúrgica comporta un “componente de azar irreductible”, que no solo puede imposibilitar la materialización del resultado que se busca obtener sino que puede provocar directamente efectos dañosos en el estado de salud del paciente. No obstante, esta doctrina consciente del carácter voluntario que precisa este tipo de prestaciones impone un deber de actuación más severo que el exigido convencionalmente, acentuando el grado de diligencia en la prestación de dicha actividad, lo cual se ve en gran medida reflejado en la información más detallada que se deberá suministrar al paciente en lo referente a la intervención específica. Así las cosas, no podríamos hablar desde esta perspectiva de una obligación de resultado, en tanto que lo que opera es la acentuación de los deberes de competencia que le son exigibles al encargado de prestar el servicio correspondiente, siendo en todo momento posible que este se exonere de responsabilidad cuando de lo acreditado en el proceso se infiera razonablemente que ha cumplido de manera diligente y, en el grado especialmente exigido, con los deberes de actuación que le son requeridos. Dicho de otro modo, el incumplimiento del resultado que se esperaba obtener no genera automáticamente la responsabilidad civil o patrimonial del médico sino que es necesario acreditar que la conducta desplegada no superó el umbral de actuación exigido para esta clase de actividades²⁴⁷.

Podríamos decir que esta tesis doctrinal es la que materialmente viene aplicando en realidad la jurisprudencia española tanto en el ámbito civil como en el contencioso-administrativo, en la cual, sin llegar a establecer una identidad –formalmente existen variadas sentencias que lo realizan- entre las obligaciones de resultado y las relativas a las de la “medicina voluntaria”, exacerba el grado de diligencia exigible a estas²⁴⁸. Debe

²⁴⁵ Véase. pp. 181-183. En la doctrina colombiana, inclinándose al parecer por esta posición argumentativa que se corresponde con la posición adoptada por la Corte Suprema de Justicia. Véase. CASTAÑO DE RESTREPO, María, op.cit. p. 145-147.

²⁴⁶ LE TOURNEAU, Philippe, op.cit. p. 410.

²⁴⁷ Adoptando esta interesante línea argumentativa. Ver. GALÁN CORTES, op. cit. pp. 76-77 y 105-106; MARTINEZ-CALCERRADA GOMEZ, Luis., op.cit. pp. 240-241. Es posible clasificar las consideraciones expuestas por este autor en el marco de esta posición argumentativa aun cuando hace la salvedad de que no exista promesa efectiva que garantice un resultado. YEPEZ RESTREPO, Sergio, op.cit. p. 98. Sin adoptar una posición en específico, este autor califica de discutible la afirmación relativa a que en aquellas intervenciones estéticas la obligación del profesional o profesionales médicos es de resultados y no de medios. SAAVEDRA BECERRA, Ramiro, *La responsabilidad extracontractual de la Administración pública*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez LTDA, 1ª edición, Bogotá, 2005, p. 316.

²⁴⁸ Véase. STS, Sala Tercera, de 3 de octubre de 2000, 7033/2000; STS, Sala Tercera, de 29 de marzo de 2006, (Rec. Cas. 271/2002); STS, Sala Tercera, de 2 de octubre de 2007, 6878/2007. En el ámbito privado.

entenderse que se tratan de obligaciones de medios cualificadas que encuentran un mayor grado de exigencia en la diligencia que se debe prestar. Algunas otras sentencias, formalmente califican las actividades que se derivan de este tipo de cirugías como meras obligaciones de resultado aunque materialmente la gran mayoría de ellas sigue teniendo en cuenta el grado de diligencia dispensado, lo que indica que estamos hablando de auténticas obligaciones de medios, y de que este es el tratamiento que estas sentencias en realidad le están imprimiendo aun cuando formalmente insistan en hablar de obligaciones de resultado. Tanto es así, que existen no pocas sentencias que han fijado los supuestos propios de las “cirugías satisfactivas” como causales para proceder a la inversión de la carga de la prueba, es decir, despojando a los actores de la carga de probar la negligencia en el hecho enjuiciado, desplazándose esta en cabeza de los profesionales médicos²⁴⁹. Esto indica que no estamos hablando de verdaderas obligaciones de resultado, sino de auténticas obligaciones de medios en las que se acentúa el grado de exigencia, incluso imponiendo como lo realizan estas sentencias, a título general, la inversión de la carga de la prueba en cabeza de quienes prestan el referido servicio. La culpa en estos supuestos nunca ha dejado de ser protagonista, y si realizamos un análisis concienzudo de los fundamentos de derecho de la gran mayoría de este tipo de sentencias encontraremos que la culpa integra de manera indudable la *ratio* de la decisión a adoptar.

Es importante hacer claridad en que tanto en los casos de la “medicina curativa o asistencial” como en los casos de la “medicina satisfactiva o voluntaria”, las prestaciones que de ellas surgen ostentan la misma naturaleza y comportan un componente de riesgo que es imposible de reducir a cero. En absolutamente todas las normas técnicas e, incluso, jurídicas que incorporan en el ordenamiento algunas directrices que integran el deber de actuación profesional, llámense códigos deontológicos de la medicina, códigos de ética médica o leyes de ordenación de las profesiones sanitarias; se parte de la idea de la irresponsabilidad médico-asistencial ante daños que se experimenten producto de la cristalización de riesgos que resulten inevitables e imprevistos, siempre y cuando se haya cumplido con el deber de información inherente a cualquier tipo de intervención o tratamiento. Ello quiere decir, que se reconoce la existencia de ese “azar irreductible” que puede llegar a tener plena incidencia en el resultado de cualquier actividad médica. Azar que no desaparece porque la cirugía de que se trate tenga un carácter estético o porque lo que se busca con la operación es la eliminación de la capacidad reproductiva del paciente, procedimientos que en términos generales se han asimilado a aquellos propios de la “medicina voluntaria”. Por ello, no existe ningún fundamento lógico y razonable que autorice el traslado al ámbito de las obligaciones de resultado de aquellas actividades o prestaciones médicas que tienen un contenido satisfactivo, cuando se es plenamente consciente de que nada podrá hacerse ante la cristalización de un riesgo previsible pero inevitable o imprevisto e inevitable²⁵⁰.

Finalmente en lo que respecta a los supuestos en los que existe un compromiso en la obtención del resultado, la solución no radica, a mi juicio, en atribuir de manera

Véanse. STS, Sala Primera, de 25 de abril de 1994, 3073/1994; STS, Sala Primera, de 22 de julio de 2003, 5280/2003; STS, Sala Primera, de 21 de octubre de 2005, 6400/2005.

²⁴⁹ STS, Sala Primera, de 2 de diciembre de 1997, 7296/97; STS, Sala Primera, de 4 de febrero de 2002, 628/2002; STS, Sala Primera, de 26 de marzo de 2004, 2100/2004; entre muchas otras.

²⁵⁰ En términos similares se manifiesta el Tribunal Supremo español en esta sentencia. Véase. STS, Sala Tercera, de 2 de octubre de 2007, 6878/2007.

automática una obligación de resultados²⁵¹, como podríamos decir que lo sugiere en términos generales la jurisprudencia civil colombiana²⁵², en tanto que aunque este se haya comprometido a tal situación, la naturaleza de estas obligaciones sigue siendo la misma. En estos supuestos la obligación sigue siendo de medios, lo que sucede es que podría imputarse responsabilidad civil o patrimonial a título de culpa por los daños acaecidos a causa de la cristalización de los riesgos inherentes a la intervención por encontrar negligencia en el actuar médico, no ya en la intervención quirúrgica propiamente dicha, pues esta se realizó correctamente, sino en el suministro de la información que se debe entregar al paciente a efectos de obtener un consentimiento adecuado que autorice la intervención de que se trate²⁵³.

2.1.2 Los protocolos médicos como mecanismo codificador de la “lex artis”

Al margen de los variados instrumentos que integran la “lex artis” hemos querido resaltar la importancia de uno de ellos. Se trata de los protocolos que sirven de guía para la práctica médica y hospitalaria, y que han permitido a lo largo de los años hacer más uniformes los distintos criterios o directrices llamados a tenerse en cuenta para la realización de estas actividades.

Durante el proceso de prestación del servicio de salud deben llevarse a cabo distintas elecciones que dirijan el rumbo que se adoptará en el marco de cualquier procedimiento médico-asistencial, gran parte de estas determinaciones se llevan a cabo en el marco de un margen de discrecionalidad considerable que ostenta el profesional de la salud, que es quien de conformidad con sus criterios de experiencia y prudencia debe imprimir aquella alternativa que estime más acorde a las circunstancias concretas del caso. Adicionalmente a lo anterior, es necesario recordar que no pocas decisiones en el ámbito médico se efectúan en condiciones no razonables de tiempo; muchas veces estas se deben adoptar en condiciones que no resultan las más ideales, lo que también puede incidir de manera importante en que se tienda a acudir a criterios propios de las reglas de la experiencia y la prudencia para decidir las alternativas que se deben llevar a cabo. En el ejercicio de este conjunto de decisiones, posturas y elecciones que pueden ser de muy variada naturaleza, en algunas ocasiones de muy superflua relevancia, en otras de carácter estrictamente vital, y que no solo se deben plantear en el marco de la gestión del profesional de la salud sino también en el marco de gestión asistencial de las clínicas y hospitales; se suma un componente adicional y muy característico de las actividades médicas, que es ese margen de “azar irreducible” que resulta imposible reducir a cero,

²⁵¹ Esta es la conclusión a la que llegan algunos autores. Véanse. CARRASCO PERERA, Ángel, “Comentarios al artículo 1105 CC”, op.cit. pp. 663-665; MACÍA MORILLO, Andrea, *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales. Las llamadas acciones de Wrongful birth y Wrongful life*, op.cit, pp. 181-183.

²⁵² Véanse estas dos importantes sentencias en las que se ha considerado que el contenido del contrato entre médico-paciente es lo que determinará la calificación de la obligación de aquel. Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Expediente No. 5507, de 30 de enero de 2001, M.P. José Fernando Ramírez Gómez; Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Expediente No. 5497, de 19 de diciembre de 2005. M.P. José Fernando Ramírez Gómez.

²⁵³ En términos similares se manifiesta este autor español, aunque califica que en los supuestos de suministro de información inadecuada, como sucede con los casos en que se otorga la absoluta garantía de éxito, la obligación debe calificarse como resultado. Aquí la contradicción radica en que al hablar de información inadecuada ya estamos hablando de culpa, luego entonces hablar de obligación de resultado resulta un eufemismo. GALÁN CORTES, op. cit. pp. 105-106.

por lo que, en algunas ocasiones más que en otras, la incertidumbre es el contexto en el que este tipo de elecciones se deben llevar a cabo.

Podríamos decir de manera muy aventurada que ese ejercicio continuo de toma de decisiones constituye la radiografía del proceso o curso del acto médico y asistencial, que tal como tuvimos la oportunidad de analizar, muchas veces siquiera la ciencia que lo regula logra otorgar las herramientas e instrumentos suficientes que permitan garantizar la adopción de aquella decisión que epistemológicamente resultara más conveniente. En el marco de esta situación los protocolos médicos aparecen como un instrumento de significativa utilidad para la actividad médico-hospitalaria²⁵⁴ e, incluso, para la actividad administrativa como la que dispensan las Entidades Promotoras de Salud, pues en no pocas ocasiones las directrices administrativas han significado obstáculos trascendentes en las actividades médico-hospitalarias, principalmente en aquellos países como el nuestro en donde la prestación del servicio de salud pública tiene un componente de lucro que no puede resultar indiferente.

Estas guías o indicadores de actuación constituyen la codificación no solo del conjunto de conocimientos y saberes propios de la técnica médica sino también de los criterios de prudencia y experiencia generales, que en modo alguno excluyen a esos criterios de experiencia y prudencia particulares del profesional de la salud²⁵⁵. No es acertado señalar que este tipo de indicadores o guías de actuación constituyan verdades absolutas, únicas u obligatorias, las cuales hayan de ser cumplidas en todo momento y bajo cualquier circunstancias, pues esto iría en contra de la naturaleza propia de las actividades médicas, toda vez que resulta imposible determinar lo que naturalmente resulta indeterminable. Sin embargo, este tipo de instrumentos sí ayudan a sistematizar ese conjunto de saberes universales y técnicos que muchas veces se encuentran en el aire y que deben ser asentados a efectos de que puedan darse a conocer más fácilmente. De igual manera, a través de tales instrumentos es posible aspirar en la medida de lo posible a un ejercicio más uniforme de la medicina. Los protocolos clínicos deben establecer una serie de indicaciones y recomendaciones bien en lo referente a los distintos procesos de diagnóstico que se deben utilizar de conformidad con el cuadro clínico que presente el paciente, bien respecto de aquellas alternativas terapéuticas que podrían resultar más acordes atendiendo lógicamente al específico diagnóstico formulado o al cuadro clínico concreto. Piénsese en los supuestos en los que los protocolos médicos designan para un caso en concreto la conducta diagnóstica específica, así como la alternativa terapéutica a adoptarse por parte del profesional de la salud, pues según el estado actual de los conocimientos y las reglas generales de la experiencia, resulta conveniente que el paciente sea sometido en los anteriores términos.

El ejercicio de la medicina moderna ha venido acompañada de una tendencia a la codificación de este conjunto de saberes científicos y técnicos que regulan la actividad médica aun cuando se es consciente de la imposibilidad de pretender determinar y precisar el contenido de esta ciencia²⁵⁶. Se afirma que las distintas recomendaciones o directrices que pueden resultar allí consignadas orientan en gran medida la labor

²⁵⁴ Resaltando la importancia de los protocolos médicos para la buena y eficiente organización de los servicios médico-hospitalarios. PARRA GUZMÁN, Mario, op.cit. p. 206.

²⁵⁵ Este autor los califica como una “lex artis codificada”. DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo, “Aplicación de un sistema de protocolos en la práctica de pruebas preoperatorios”, *Revista Derecho y Salud*, Vol. 3, No. 3, enero-diciembre 1995, p. 49.

²⁵⁶ GALÁN CORTES, Julio, op.cit. p. 104.

cotidiana de sus destinatarios, lo cual repercute directamente en un mejoramiento de la calidad del servicio de salud²⁵⁷. Adicionalmente puede entrar a solucionar situaciones que *a priori* pudieran parecer propias de un caso de incertidumbre pero que sin embargo de la extracción de ese conjunto de conocimientos científicos y técnicos resulta -según aquel grupo de expertos cualificados que se encarga de elaborar dicho compendio de normas técnicas- indicado tomar una decisión en un sentido específico, lo que algunos autores han venido a denominar una “certidumbre convenida”²⁵⁸. Por otra parte, existen casos aún más sencillos en los que podría decirse que existe un consenso general por parte de la comunidad científica en cuanto a la decisión que resulte idónea para la solución de un caso clínico determinado. En estos supuestos, el protocolo cristalizará por escrito la actuación que se estima adecuada en modo general, es decir, confirmará aquellas actividades médicas y asistenciales que exige el criterio del “buen médico”.

El autor Galán Cortes realiza una clasificación interesante de las características que deben concurrir en todo protocolo médico a efectos de constituir auténticos parámetros de orientación. Al respecto señala:

“Los protocolos médicos deben reunir las siguientes características:

- a) Validez: el protocolo debe conducir a los resultados previstos.
- b) Fiabilidad y reproducibilidad: en circunstancias clínicas semejantes, el protocolo es interpretado y aplicado de la misma manera por distintos profesionales, de tal forma que con la misma evidencia científica y métodos de desarrollo del protocolo, otro grupo de expertos daría las mismas recomendaciones.
- c) Aplicabilidad clínica: los grupos de pacientes a los que resulte aplicable un protocolo deben estar bien definidos.
- d) Flexibilidad: deben especificarse las excepciones conocidas y esperadas.
- e) Claridad: cada término utilizado debe definirse con precisión, utilizando modos de presentación lógicos y sencillos de seguir.
- f) Proceso multidisciplinario: en su elaboración deben incluirse a todos aquellos grupos a los que afecte.
- g) Revisión explícitamente planificada: deben contener información sobre cuándo deben ser revisados, al objeto de determinar la introducción de modificaciones en base a nuevas evidencias clínicas.
- h) Documentación: todos los procedimientos utilizados en su desarrollo, así como los participantes implicados, la evidencia y los diferentes

²⁵⁷ MARQUÉS MARQUÉS, Francisco, “Protocolos Médicos y Enfoque de Riesgo. España-2002” en línea, *Revista Zürich*, Numero 2, julio, 2002, p. 26. Disponible en la página web: <http://www.bvsde.paho.org/bvsacd/cd27/marques.pdf>. Última visita: 1 de agosto de 2016.

²⁵⁸ GALÁN CORTES, Julio, op.cit. p. 104.

métodos analíticos empleados, deben hallarse meticulosamente documentados”²⁵⁹.

De otra parte, es importante destacar que en aquellos supuestos en los que la indeterminabilidad de la ciencia médica resulte evidente, por ejemplo, en aquellos eventos en que existan discrepancias en la doctrina científica sobre la alternativa terapéutica más idónea; los protocolos no resultan de mayor utilidad, en razón a que serán, pues, las circunstancias concretas las que brindarán los elementos para determinar aquella elección que resulte más adecuada para el paciente -lex artis ad hoc-. Así mismo, es importante destacar la imposibilidad de prever todos los casos que se puedan manifestar en el ámbito médico, por lo que le corresponde al facultativo adoptar la medida que estime más conveniente, apoyándose no solo en las reglas de la prudencia y la experiencia, sino también, en caso de que sea posible, en las determinaciones técnicas que para casos similares ha fijado el protocolo médico.

En lo que respecta a la naturaleza del protocolo, es necesario dejar zanjado que este tipo de instrumentos constituyen una serie de normas técnicas que carecen de obligatoriedad jurídica²⁶⁰ aunque constituyan un parámetro objetivo de valoración para el juez en el análisis del caso en concreto. Así pues, tales protocolos no coaccionan jurídicamente al juzgador, sino que este tendrá en cuenta los mismos como una herramienta útil para la decisión que finalmente adopte, así como tendrá en cuenta también, cualquier tipo de prueba pericial, documental o testimonial para fundamentar el fallo. Adicionalmente, otorgan un criterio orientador al destinatario que, insisto, no puede solo circunscribirse al profesional médico, sino que también en no pocas ocasiones deben ser tenidas en cuenta por los centros asistenciales como las clínicas u hospitales, y por aquellas entidades que aunque, en principio, no efectúan actividades médico-hospitalarias, sí garantizan la prestación del servicio de salud a través de las distintas actividades administrativas. Por tal motivo, estos protocolos no limitan la actividad concreta de sus destinatarios y, más concretamente, del médico. Ello ataría irrazonablemente el margen de actuación del profesional y mecanizaría la actividad médica.

Los expertos en medicina sugieren que un buen protocolo debe contar con dos características esenciales: debe ser flexible y dinámico. Ello quiere decir que dichas normas técnicas deben ser redactadas teniendo en cuenta la naturaleza que revisten las actividades que pretenden orientar, por lo que surge la necesidad de erradicar cualquier indicio de hermetismo o rigidez que imposibiliten cualquier tipo de modificación de sus determinaciones. Resulta totalmente válido apartarse o desvincularse de lo indicado en el protocolo si el facultativo estima que atendiendo a las circunstancias concretas del caso, y a las reglas particulares de la experiencia y la prudencia, el paciente requiere la aplicación de una alternativa diagnóstica o terapéutica distinta de la estimada en el referido instrumento. No obstante, el profesional médico, en el marco de un eventual proceso judicial, debe fundamentar de manera exhaustiva dicha desviación, y la idoneidad y necesidad de la alternativa por la que se decantó²⁶¹.

²⁵⁹ GALÁN CORTES, Julio, op.cit. p. 171.

²⁶⁰ YEPEZ RESTREPO, Sergio, op.cit. pp. 84-85.

²⁶¹ Este profesor español hace un interesante análisis en este sentido, otorgando gran importancia a las circunstancias concurrentes en el caso concreto. DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo, “Aplicación de un sistema de protocolos en la práctica de pruebas preoperatorios”, op.cit., p. 67.

El apartamiento de los protocolos médicos no siempre constituye una alternativa de posible adopción; en ciertas ocasiones dicha actuación podría resultar incluso obligatoria²⁶², por lo que su cumplimiento podría generar la fijación de una sentencia condenatoria en contra del Estado, o en contra del profesional médico, centro asistencial o EPS, según cual sea el caso. El seguimiento de protocolos anticuados u obsoletos constituye una clara falta a las reglas propias del oficio médico. Así mismo, el contenido insuficiente de cualquier protocolo médico no puede ser excusa para el profesional en cuestión para justificar la omisión en la actuación médica.

Algunos autores van más allá, y encuentran reprochable la no aplicación de una nueva alternativa que según el estado de la ciencia y la técnica haya podido ser descubierta, aun cuando la misma no se encuentre indicada en los protocolos médicos de determinado centro asistencial²⁶³. En este tipo de supuestos es importante precisar que la disponibilidad de los medios cobra gran importancia en el análisis jurídico de cualquier actuación médica, no resultando prudente aventurarse a manifestar que la no adopción de una técnica novedosa constituya *per se* una conducta negligente del profesional de la salud, en tanto que las circunstancias de modo, tiempo y lugar, tal como lo comentaremos más adelante, pueden impedir que el médico disponga de los medios suficientes o de la posibilidad de acceder a dicha alternativa, lo cual debe ser informado al paciente a efectos de que este tome la decisión que considere más conveniente. En este orden de ideas, no es posible hablar en estos supuestos de la existencia de una conducta médica negligente, no solo porque los protocolos no se encuentran obsoletos o desactualizados, estos se encuentran adaptados de conformidad con los medios e instrumentos de los que disponen en el respectivo hospital o centro asistencial de que se trate, sino también porque no es posible atribuir una carga excesiva al encargado de prestar el servicio de salud, consistente en que asuma los daños que se hayan podido ocasionar por la no utilización de una técnica novedosa aun cuando ni siquiera se disponían de los medios e instrumentos necesarios para llevarla a cabo.

Podría hablarse de una eventual imputación de responsabilidad patrimonial en aquellos supuestos en los que disponiéndose de los medios e instrumentos requeridos para llevar a cabo la referida alternativa médica, esta no se encuentra indicada en los protocolos y, en consecuencia, no ha sido elegida por parte del profesional en el procedimiento correspondiente. En este tipo de supuestos, sí cabría hablar de negligencia, pues la “*lex artis*” sugiere el apartamiento de aquel protocolo que sí se evidencia como obsoleto o al menos desactualizado en lo referente a este aspecto en concreto, e indica llevar a cabo la alternativa terapéutica o diagnóstica que según el estado actual de los conocimientos resulta aplicable en el caso. Tal situación –la vigencia de protocolos obsoletos y desactualizados- evidencia a su vez negligencia en el funcionamiento asistencial u organizativo del centro médico o entidad, pudiendo comprometer directamente la responsabilidad de esta o del Estado si se trata de un ente de naturaleza pública e, incluso, la de la EPS²⁶⁴.

²⁶² Este análisis parece reafirmarse en las consideraciones efectuadas por estos autores. GARCIA BLAZQUEZ, Manuel y MOLINO COBO, Juan, op.cit. p. 22.

²⁶³ MACÍA MORILLO, Andrea, *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales. Las llamadas acciones de Wrongful birth y Wrongful life*, op.cit, p. 241.

²⁶⁴ Es de recordar que las condenas resarcitorias en materia de responsabilidad médico-asistencial no solo surgen a raíz de la ejecución del acto médico concreto, sino también en el marco de cualquier tipo de actividad de carácter asistencial, organizacional e, incluso, administrativa.

En el marco de las reclamaciones que aquí nos interesan, no sobra reafirmar la importancia de los protocolos para la identificación de las conductas negligentes que se puedan desplegar.

En lo que respecta a las pruebas diagnósticas preconceptivas y prenatales, el error de diagnóstico puede originarse de la aplicación de un protocolo que no resulta adecuado o actualizado, o del no seguimiento de un protocolo que indica la realización concreta de una prueba preconceptiva o prenatal específica, y esta no es llevada a cabo. En estos eventos, el error en la información suministrada por el profesional médico a los padres se origina en el comportamiento negligente del primero.

Es importante que los protocolos de diagnósticos tengan un significativo grado de relación con el estado de los avances científicos en materia médica, pues lo que se busca es que la realización de este tipo de actividades se lleve a cabo con las mayores garantías posibles. No obstante, este ideal no puede considerarse en términos absolutos, en tanto en cuanto existen un sinnúmero de factores que limitan la posibilidad de mantener el ejercicio de la práctica médica a la vanguardia de los descubrimientos científicos, principalmente en aquellos países en los que la prestación del servicio de salud ha sido más vista como un negocio que como un servicio público. A nivel mundial existen países en donde la prestación de los servicios de salud es francamente envidiable, mientras que existen muchos otros en los que dicha prestación deja mucho que desear, y no necesariamente porque se traten de países cuyo desarrollo económico sea inestable, sino porque ha primado un interés de lucro en la prestación del servicio que muchas veces resulta incompatible con el mismo. En este sentido, es perfectamente entendible la existencia de protocolos que se encuentran un escalón por debajo del estado actual de los conocimientos científicos, sin que pueda alegarse cualquier tipo de defecto organizacional o asistencial por la falta de actualización de protocolos como sí es posible que suceda en algunos otros países. Pretender establecer un régimen de exigencia universal de estándares de actuación médico-hospitalaria implicaría ostentar una visión descontextualizada de la misma, por lo que surge la necesidad de atender a las circunstancias en que se está prestando el servicio de salud para adecuar dicho grado de exigencia.

Dicho esto, en nuestro país no podríamos hablar, en términos generales, de la exigencia de un protocolo que se ajuste en estricta medida a los descubrimientos vanguardistas de la ciencia médica, lo que se refleja incluso en las pruebas diagnósticas prenatales y preconceptivas; por lo que no sería, en principio, exigible la aplicación de pruebas diagnósticas novedosas que pudieran determinar de manera más precisa los resultados de un diagnóstico. Sin embargo, esto no releva al profesional de la salud, de su obligación de información respecto de la existencia y conveniencia de aquellas, siendo los pacientes quienes actúen de conformidad con lo que estimen más conveniente. Esto no quiere decir que estos protocolos no deban actualizarse y mantenerse en constante evolución, lo que sucede es que no resulta exigible que se mantengan al paso del estado actual de los descubrimientos científicos, como sí puede ocurrir en otros países. Esto sin lugar a dudas, puede contrastar con el estándar de actuación que, en términos generales, se exige en países como España, en donde el parámetro de la “lex artis” se encuentra en un grado más próximo, casi al paso del estado actual de los conocimientos científicos. La ausencia o no indicación de pruebas preconceptivas y prenatales novedosas en los protocolos respectivos de diagnóstico puede constituir, en

principio, un defecto asistencial u organizacional por parte del centro hospitalario que no ha actualizado conforme a los avances científicos dicho instrumento.

En lo que atiende a la prestación de servicios diagnósticos preimplantatorios en nuestro país, la exigencia de los mismos como alternativa prefijada en los protocolos no podría resultar obligatoria básicamente por dos razones primordiales²⁶⁵. La primera de ellas hace referencia a lo que acabamos de explicar, es decir, la imposibilidad de exigir, en términos generales, que estos instrumentos se encuentren al paso de aquellos descubrimientos científicos que en el ámbito de la obstetricia se han podido ofrecer. En segundo lugar, es de destacar que los servicios de reproducción asistida en el que tienen lugar estos tipos de diagnósticos resultan perfectamente recomendables según las reglas propias del oficio médico aun con ausencia de aquellos recursos. Así pues, si bien estos servicios diagnósticos permiten casi garantizar la obtención de descendencia sana y por tanto un éxito significativo en los servicios de reproducción asistida, no es menos cierto que el acceso a ellos no es más que un simple recurso adicional a efectos de perfeccionar un servicio que cuenta con las garantías mínimas requeribles. La cuestión podría ser aún más complicada de discernir en aquellos países en los que la “lex artis” se encuentra más próxima al estado de los conocimientos científicos, en donde quizá podría exigirse la contemplación en los protocolos médicos de este tipo de pruebas diagnósticas, respetando claro está, las normas jurídicas que eventualmente existan, y que regulan la aplicación de estos diagnósticos preimplantacionales. Sin embargo, creemos que aun en estas circunstancias la cuestión debe resolverse de la misma manera, en tanto que si bien la “lex artis” resulta más próxima al estado de los conocimientos científicos, no es menos cierto que los servicios de reproducción asistida con ausencia de procedimientos preimplantatorios siguen resultando acordes a las reglas del oficio médico. Es decir, difícilmente se podría observar algún tipo de negligencia o falla en la prestación del servicio médico-hospitalario a causa de la ausencia de este recurso diagnóstico en el marco de los servicios de reproducción asistida. Tal parece ser, de hecho, la interpretación que en efecto ha llevado a cabo el legislador español, quien en el artículo 12 de la Ley 14 de 2006, confiere la posibilidad de prestar tales servicios, y solo en determinados eventos excepcionales. Así pues, tal normatividad no impone la prestación de dichos servicios en los centros debidamente autorizados para el efecto, muy por el contrario, esta solo regula los supuestos excepcionales en que los mismos podrían prestarse, y algunas condiciones para su ejecución.

Finalmente, en lo que respecta a los supuestos en los que se engloban las reclamaciones “wrongful conception”, también es importante resaltar que la elaboración de protocolos incompletos u obsoletos y el seguimiento de ellos, y el desconocimiento de protocolos que indiquen las actuaciones médico-asistenciales que garanticen la prestación de servicios con las suficientes garantías de calidad; constituyen actuaciones

²⁶⁵ Ello no impide, naturalmente, que existan protocolos que fijen estos servicios como alternativas a utilizar en el marco de los servicios de reproducción asistida. En Colombia, tal como lo habíamos mencionado no existe ningún tipo de prohibición ni regulación en lo referente a los DGP, por lo que *a priori* su utilización es perfectamente permitida en nuestro país y, de hecho, este tipo de prácticas se han venido llevando a cabo teniendo como directriz inmediata los avances propios de la ciencia médica sin que existan normas concretas que limiten o condicionen su ejercicio. En este sentido, los protocolos de diagnósticos preimplantatorios no estarían sujetos a este tipo de condicionamientos concretos, salvo los que se puedan derivar de las restricciones que en materia de manipulación genética ha fijado nuestro ordenamiento jurídico.

violatorias a las reglas de la “lex artis”, evidenciando así, la existencia de comportamientos negligentes en el ejercicio de la actividad médico-asistencial.

De igual manera, hemos querido traer a colación en el marco específico de los procesos de esterilización un ejemplo que hemos estimado interesante, y que se refiere concretamente a la idea relativa a que los protocolos no necesariamente deben encontrarse a la par de los descubrimientos técnicos y científicos propios de la medicina.

La novedosa técnica de vasectomía sin bisturí (VSB), que ha sido catalogada como un procedimiento seguro y mínimamente invasivo, es considerado por la comunidad médica en general como mucho más adecuada, incluso más recomendada que el procedimiento convencional que comúnmente se realiza. No obstante, vale destacar que a nivel mundial ambas técnicas son perfectamente recomendables y validas según las reglas propias del oficio médico. No es posible exigir en los protocolos la existencia de esta técnica de último nivel, pues aun cuando ha sido considerada como más adecuada, la realización de la misma exige una serie de instrumentos e insumos que no resultan vitales y necesarios para la prestación en condiciones de calidad del servicio de esterilización. Por tanto, basta con que en los protocolos se indique aquella alternativa (procedimiento convencional) que permite llevar a cabo un servicio en condiciones de calidad para descartar del mismo cualquier resquicio de insuficiencia o ambigüedad en este concreto aspecto. Ahora bien, en lo que respecta a la adopción por parte del profesional médico de una técnica u otra, estimamos que en ningún caso resulta forzoso inclinarse por alguna de ellas en específico. Se tratan de supuestos en los que existen una serie de alternativas válidas que deben ser informadas al paciente para que este decida llevar a cabo la que más se adecue a sus condiciones específicas.

2.2 Las dificultades derivadas de la pretensión de elaborar un catálogo de conductas que actualicen un estricto deber de gestión médico-asistencial: la “lex artis”, criterio orientador que define un margen discrecional de actuación

Pretender elaborar un catálogo de actuaciones médico-asistenciales a partir del conjunto de conocimientos y saberes universales relacionados con la ciencia médica constituye una empresa no solo de difícil realización sino de incierto resultado, en tanto que la casi ilimitada variedad de circunstancias que se pueden manifestar hacen que sea imposible anticipar todas y cada una de las situaciones. En consecuencia, se ha preferido en no pocas ocasiones ir más en la tendencia relativa a no centrar la atención en la creación de un concreto contenido competencial, y optar por valorar cada supuesto en concreto de conformidad con las reglas de la “lex artis ad hoc”. Así pues, para evaluar la actuación médico-asistencial concreta es necesario, no ya verificar si la conducta a enjuiciar desconoce las determinaciones de un eventual catálogo de actuaciones, sino realizar un juicio de racionalidad “ex post facto” que permita verificar si de conformidad con los conocimientos y saberes universales relacionados con la ciencia médica, puestos naturalmente en contexto con las circunstancias de modo, tiempo y lugar, el actuar médico-asistencial correspondiente es susceptible de ser calificado como diligente²⁶⁶.

²⁶⁶ Inclínandose al parecer en el mismo sentido. Ver. MARTINEZ-CALCERRADA GOMEZ, Luis, op.cit. p. 247.

No obstante estas circunstancias, y sin el ánimo de pretender configurar un contenido específico de deberes de actuación, estimamos posible señalar a título enunciativo algunos modelos de conductas médico-asistenciales que en el marco de las reclamaciones que aquí estamos abordando pueden resultar exigibles según las reglas del oficio médico desde una perspectiva abstracta.

En absolutamente todas las fases de cualquier procedimiento médico-asistencial el encargado de prestar el referido servicio debe atender las medidas, alternativas o métodos que se estimen exigibles de conformidad con el estado actual de los conocimientos científicos y técnicos propios de la ciencia médica, naturalmente teniendo en cuenta las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que dicho servicio se esté llevando a cabo. En este orden de ideas, el contenido básico del deber de actuación médico-asistencial, si es que cabe hablar de un contenido propiamente dicho, se encuentra delimitado por aquel conjunto de conocimientos y saberes universales previamente asumidos por la ciencia médica, de suerte que los resultados insatisfactorios o los daños acaecidos que resulten imposibles de evitar o prever según la “lex artis ad hoc” exceden ese ámbito de actuación exigible al responsable de la prestación del referido servicio y, por tanto, no resultan imputables al mismo.

2.2.1 El deber de actuación médico-asistencial en las reclamaciones de responsabilidad “wrongful conception”

En el marco de los supuestos de reclamaciones “wrongful conception”, concretamente, en los supuestos propios de los procesos de esterilización o anticoncepciones fallidas, el comportamiento exigible se predica de dos grandes aspectos: la técnica y el deber información.

El primero de ellos obedece a la realización del procedimiento en sí mismo; actuar que debe llevarse a cabo de conformidad con la “lex artis ad hoc”, lo cual supone el cumplimiento de todos los requerimientos técnicos de rigor propios de la cirugía de que se trata. Es decir, utilizando las distintas técnicas médicas, en muchos casos quirúrgicas, que se encuentren científicamente aceptadas, bien sea para llevar a cabo la oclusión de los conductos deferentes, si nos encontramos en el marco de una vasectomía, bien para la obstrucción tubarica bilateral, si lo que se pretende llevar a cabo es un procedimiento de ligadura de trompas (salpingonclasia), o bien para la implantación de un dispositivo anticonceptivo en el interior del útero, en caso de que no se quieran tomar decisiones tan radicales en torno a la capacidad reproductiva del paciente. En este sentido, la técnica de esterilización o anticoncepción específica se encuentra en total armonía y consonancia con las reglas del oficio médico, lo cual refleja un importante indicador para calificar satisfactoriamente dicha actuación. La falta de diligencia en este aspecto específico se traduce por lo general en la ejecución de maniobras o intervenciones quirúrgicas que se desvían de las exigidas por la “lex artis”, bien sea por la falta de conocimiento necesario, por un error, un descuido o por la falta de concentración requerida para el efecto, de tal manera que el procedimiento en cuestión no se ha llevado a cabo de conformidad con el umbral de exigencia requerido, es decir, empleando los métodos, conocimientos y habilidades que se esperan de quien se encuentra realizando este tipo de intervenciones. En los casos de suministro de anticonceptivos, si bien la prestación correspondiente no se identifica con la realización de una intervención quirúrgica específica, la prescripción de dichos medicamentos debe corresponderse con aquellos indicados de conformidad con la “lex artis ad hoc”, en tanto

que pueda inferirse que según el criterio del “buen médico” cualquier otro profesional hubiera actuado de manera similar. Por tal motivo, no le resultaría imputable al médico que ordena el medicamento, la actuación negligente de un farmacéutico que equivoca el medicamento prescrito y suministra uno totalmente distinto, recayendo tal título de imputación en este último.

Por otro lado, y atendiendo al segundo gran aspecto que integra el deber de actuación médico-asistencial en este tipo de supuestos: el deber de información; cabe destacar que la misma en estos procedimientos anticonceptivos y de esterilización cobra una relevancia fundamental para la calificación del servicio médico, de hecho, tal como lo veníamos manifestando en el capítulo anterior, la mayoría de las reclamaciones de responsabilidad “wrongful conception” se han venido fundamentando en la falta de información o información deficiente e incompleta en lo referente a las distintas fases de los procesos de esterilización. La mayoría de las reclamaciones han incidido en la falta de información o información deficiente respecto de los riesgos de fracaso y de aquellos cuidados o precauciones que se deben tomar durante la fase post-operatoria para asegurar el resultado de la intervención. Este aspecto constituye un claro supuesto de consentimiento informado, ámbito temático que abordaremos con mayor detenimiento más adelante, sin embargo, es importante destacar que resulta evidente que los riesgos de fracaso, así como las precauciones post-operatorias y demás riesgos inherentes y típicos del procedimiento de esterilización deben ser informados al paciente a efectos de que este tome una determinación absolutamente consciente. En caso contrario, se vulnerarán las reglas propias de la “lex artis” que obligan a los responsables de la prestación del respectivo servicio a mantener plenamente informados a los pacientes durante la fase previa, concomitante y posterior de cualquier intervención o tratamiento médico respecto a las distintas cuestiones o aspectos propios e inherentes a estos²⁶⁷.

El carácter voluntario o satisfactorio de estas cirugías sin duda intensifica de algún modo aquel deber de información que se encuentra a cargo del responsable de la prestación del servicio, lo cual es entendible, pues ante la ausencia de necesidad de someterse a la operación o intervención quirúrgica, debe encontrarse el paciente totalmente consciente de los riesgos a los que se someterá y si resulta proporcionado asumir los mismos. No obstante, entendemos que de ninguna manera el deber de información se extiende a la comunicación de aquellos riesgos imprevisibles y extraordinarios, sino únicamente a los de carácter típico y previsible, que no frecuentes, pues perfectamente pueden existir riesgos típicos pero significativamente infrecuentes, como sucede con los riesgos de fracaso propios de las intervenciones de vasectomía y ligadura de trompas, los cuales se han fijado según el estado actual de los conocimientos en porcentajes que llegan hasta el 1% y 0.5%, respectivamente.

Los riesgos típicos hacen referencia a aquellos que se relacionan directamente con la intervención o tratamiento que se debe llevar a cabo, es decir, aquellos que le son realmente inherentes, que resultan verosímiles, que según el estado de los conocimientos científicos se pueda inferir que pueden acaecer en virtud de la realización de la concreta

²⁶⁷ SANTOS BRIZ, Jaime, op.cit. p. 206-211. Destacando la falta de información o el suministro deficiente de la misma como conductas que por sí solas suponen una infracción a las reglas propias del oficio médico. Ver. CASTAÑO DE RESTREPO, María, *El consentimiento informado del paciente en la responsabilidad médica. Implicaciones de esta teoría en la responsabilidad civil médica con específicas referencias a la responsabilidad penal y disciplinaria de algunos profesionales de la salud*, Temis S.A, Bogotá, 1997, p. 396; SERRANO ESCOBAR, Luis, op.cit. p.123; TAMAYO JARAMILLO, Javier, op.cit. p. 1156.

actividad médica. Imponer la obligación de informar sobre aquellos riesgos extraordinarios e imprevisibles significaría obligar al profesional de la salud a comunicar sobre absolutamente todos los riesgos posibles que podrían acaecer como resultado de la operación, incluyendo aquellos de los que cuya ocurrencia la ciencia médica no tiene una explicación lógica. Adicionalmente a lo anterior, habría un exceso de información absurdo en cabeza del paciente que irremediablemente terminaría por confundir y alterar su percepción de la realidad²⁶⁸.

Por tal motivo, las consideraciones que van encaminadas a este extremo es importante interpretarlas de acuerdo con lo anteriormente comentado, es decir, limitar la información sobre los riesgos a aquellos que resulten típicos aun cuando sean altamente improbables, mas no extenderlos a aquellos que incluso según el estado actual de los conocimientos resultan imposibles de prever²⁶⁹.

En los supuestos de interrupción fallida del proceso de embarazo podríamos señalar que también existe la obligación a cargo de los responsables en prestar el servicio médico-asistencial de informar sobre las cuestiones que se estimen relevantes y que resulten inherentes al procedimiento de aborto, v.gr., la naturaleza de la intervención, los riesgos típicos de la misma, las distintas alternativas a la intervención, entre otras. Sin embargo, en este tipo específico de supuestos la falta de información no resulta especialmente relevante en las reclamaciones de responsabilidad “wrongful conception”, como sí ocurre con el aspecto referido a la técnica. El acto médico debe efectuarse conforme al grado de diligencia exigible por la “lex artis ad hoc”, que en estos casos debe necesariamente conducir a la interrupción inequívoca del proceso de embarazo, pues resulta difícilmente asimilable que se fracase en este tipo de intervenciones sin la ocurrencia de conductas negligentes o la adopción de técnicas no recomendables. No se trata, pues, de la existencia de una obligación de resultado, en tanto que, en términos generales, las actividades médicas no pueden ser calificadas como tal. Atendiendo a la naturaleza de las mismas le son inherentes a ellas “la aplicación de criterios de responsabilidad fundados en la negligencia por incumplimiento de la lex artis ad hoc” (STS, Sala Primera, de 4 de diciembre de 2007), aun cuando estas actividades provengan de la denominada medicina voluntaria. Pretender extender a título general los supuestos de responsabilidad objetiva a las actividades médicas, aun cuando nos refiramos a las actividades propias de la medicina voluntaria supondría llevarla más allá de los límites

²⁶⁸ Pese a ello, la posición que al respecto ha adoptado el Consejo de Estado se inclina más que todo a exigir la información incluso de aquellos riesgos atípicos e imprevisibles cuando nos encontremos hablando de cirugías de carácter satisfactivo. En este sentido esta corporación ha señalado lo siguiente: “La doctrina opta por considerar que no se deben informar los riesgos extraordinarios o imprevisibles, salvo casos especiales, como los de cirugías voluntarias o de satisfacción. En estos eventos la obligación de informar es más rigurosa, porque la intervención no es necesaria, es el caso de la cirugía estética (excepto en la cirugía estética de carácter reconstructivo, que se rige por la regla general), las donaciones, los procedimientos experimentales, en las cuales el afectado carezca de interés terapéutico directo, y tratándose de procedimientos como los de inseminación, ligaduras de trompas o vasectomía”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Tercera, Expediente No. de radicación. 73001233100014798-01, de 23 de mayo de 2008, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

²⁶⁹ Siguiendo precisamente esta posición argumentativa, aun cuando este autor parece confundir la inherencia o tipicidad del riesgo con su frecuencia o porcentaje de ocurrencia. SERRANO ESCOBAR, Luis, op.cit. pp. 102 y 104. Por su parte, este autor si bien se encuentra en manifiesta oposición a la idea de pretender informar sobre aquellos riesgos imprevisibles y extraordinarios, se acoge al criterio tendiente a informar solo sobre aquellos riesgos frecuentes, y no, sobre aquellos que pueden acaecer de manera excepcional. LÓPEZ MESA, Marcelo, *Teoría General de la Responsabilidad civil médica en el Derecho argentino y comparado*, op.cit. p. 314.

de la razonabilidad; simplemente se trata de obligaciones de medios en donde resulta casi inverosímil que la no obtención del resultado no se haya debido a la concurrencia de conductas negligentes.

Finalmente, he considerado importante analizar los supuestos en los que en ocasión a la ocurrencia de relaciones sexuales no consentidas se lleva a cabo el nacimiento no deseado de un niño a causa de la negativa por parte del servicio médico-asistencial a hacer efectivo el derecho de la gestante a interrumpir el proceso de embarazo. En principio, este tipo de supuestos no cobraría gran relevancia en los ordenamientos jurídicos que regulan la interrupción voluntaria del proceso de embarazo a través de los denominados sistemas legales de plazos, e incluso los mixtos, en tanto en cuanto muy difícilmente un profesional de la salud se negaría a interrumpir el proceso de embarazo si se cumplen los requisitos debidamente definidos para su ejecución, salvo, los casos de alegación de objeción de conciencia.

Aquellos ordenamientos jurídicos que han regulado la interrupción voluntaria del proceso de embarazo a través del sistema legal de indicaciones podrían llegar a experimentar mayores dificultades a la hora de llevar a cabo el procedimiento de aborto. Así, tal cual como lo analizamos en el capítulo anterior, al igual que ocurre en nuestro país, siguen existiendo países en los que aún impera una importante reticencia a aceptar este tipo de actividades pese a encontrarse autorizadas para determinados casos. Ello se traduce en la existencia de trabas, obstáculos, e incluso requisitos adicionales a los exigidos por el sistema legal para inutilizar el derecho a abortar que le asiste a la mujer. En este orden de ideas, hace parte del deber de actuación médico-asistencial no solo abstenerse de obstaculizar la ejecución de la interrupción del embarazo, bien exigiendo requisitos adicionales a los expresamente establecidos en la normatividad legal, bien alegando objeciones de conciencia que no cumplen con los requisitos para el efecto, sino también garantizar su acceso en condiciones de seguridad, calidad y salubridad cuando se cumplan los requisitos a que haya lugar, *so pena* de transgredir las reglas de valoración objetiva que constituyen la “lex artis”, en tanto que se están desconociendo directamente los mandatos legales que imprimen un deber de conducta específico, en este caso, proceder a la interrupción voluntaria del embarazo.

2.2.2 El deber de actuación médico-asistencial en las reclamaciones de responsabilidad “wrongful birth” y “wrongful life”

Es preciso efectuar un repaso de algunas de las fases de los procedimientos diagnósticos en los que se engloban estas reclamaciones de responsabilidad a efectos de ilustrar los modelos de conductas médico-asistenciales que estimamos más acordes a los lineamientos propios de las reglas del oficio médico.

Los procedimientos de diagnóstico suponen la necesaria y completa recolección de datos del paciente que permitan crear un registro de antecedentes familiares y personales. De hecho, en la gran mayoría de las veces a través de la anamnesis el profesional médico recaba datos suministrados directamente por el paciente que pueden estimarse relevantes²⁷⁰. Estos datos deben condensarse junto con la información ya existente que pudo haber sido adquirida bien sea en razón a la información previa que

²⁷⁰ Resaltando la importancia de la conversación entre el médico y el paciente a efectos de un buen proceso diagnóstico. Ibid. p. 282.

yace en la historia clínica, bien sea a través de la percepción directa del médico con la realización de exploraciones físicas o exámenes físicos o bien a través de un análisis clínico que se haya efectuado. Este conjunto de datos o informaciones que integran el registro de antecedentes del paciente se incorporarán a la historia clínica que servirá de parámetro de evaluación fundamental para cualquier proceso de diagnóstico que se realice.

La no identificación de indicios de riesgos que hayan podido evidenciarse en la fase inicial de reconocimiento del paciente de conformidad con un comportamiento médico diligente puede constituir una infracción al deber de actuación médico-asistencial.

Esta fase de reconocimiento del paciente incluye la elaboración de sus antecedentes personales y familiares, lo cual es sumamente fundamental para llegar a la emisión de cualquiera de los diagnósticos, incluso para determinar el rumbo que se debe tomar, las alternativas que se deben adoptar de conformidad con dicha información y hacia donde se debe dirigir el examen de diagnóstico que se haya solicitado. Piénsese en aquellos casos en los que se solicita consejo genético para descartar la existencia de alteraciones genéticas que puedan afectar a la futura descendencia en tanto que dos familiares de uno de los pacientes habían padecido la misma enfermedad hereditaria, no obstante, se descarta la realización de una prueba preconcepcional de la que ni siquiera se le suministra información al paciente, toda vez que se estimó que no existían indicios de riesgo que hicieran recomendable dicha alternativa. En este tipo de supuestos resulta evidente la forma deficiente de recolección de datos relevantes a efectos de la emisión de un diagnóstico que resultare eficaz, pues de haberse actuado conforme a la diligencia que se espera de una razonable conducta médica se habría informado de la necesidad de proceder a dicha prueba preconcepcional. Así mismo, en aquellos supuestos en los que a consecuencia de una deficiente recolección de los datos relativos al paciente se desconoce la existencia de riesgos que amenazan al *nasciturus*, piénsese en la exposición de la embarazada a factores teratógenos; lo que anula cualquier tipo de indicación médica que autorice la realización de pruebas prenatales por lo general invasivas a efectos de identificar la existencia de determinadas anomalías congénitas que podría padecer el feto, así como a que se le otorgue un seguimiento más exhaustivo al embarazo por considerarlo de alto riesgo y no imprimirle un protocolo de embarazo normal que es lo que se estimaría correcto en caso de no evidenciarse ninguna indicación.

El médico que efectúe el reconocimiento del paciente y recolecte la información a la que hemos hecho referencia ha de ser meticuloso durante la entrevista que sostenga con el mismo, y ha de indagar en aquellas cuestiones que según las reglas de la experiencia médica puedan llegar a ser relevantes para un diagnóstico preconcepcional, preimplantatorio o prenatal. Por tanto es exigible que si existen uno o varios factores de riesgos se profundice en ellos durante la entrevista, interrogando al paciente sobre los mismos a efectos de recabar la mayor información posible a este respecto.

Es posible catalogar como una gran segunda fase del procedimiento de diagnóstico la relativa a la práctica de la prueba médica propiamente dicha, es decir aquella que arrojará los resultados en los cuales se fundamentará el referido diagnóstico. En esta fase de los procedimientos diagnósticos es donde más se evidencian los defectos o conductas negligentes por parte de aquellos que intervienen en el respectivo proceso. Es posible clasificar dos subfases dentro de la práctica de la prueba diagnóstica, en donde se suele incurrir en negligencias que afectan la elaboración de un diagnóstico

eficaz y acorde con la realidad. La primera de ellas, más que a la práctica de la prueba propiamente dicha, se refiere a la no realización de la prueba diagnóstica específica cuando esta resulta indicada de conformidad con los criterios de valoración objetiva que constituye la “lex artis ad hoc”²⁷¹. Este tipo de situaciones son de común ocurrencia en el procedimiento de diagnóstico, principalmente en el marco de procesos de diagnóstico preconceptivos y prenatales, en donde el criterio del “buen médico” sugiere la realización de la prueba específica para descartar o confirmar la concretización del riesgo que resulta amenazante bien sea para la descendencia futura bien para el *nasciturus*.

Constituye un deber primordial de actuación por parte de aquellos responsables de prestar el correspondiente servicio médico-asistencial, garantizar al paciente la adopción de las medidas que se estimen eficaces cuando estas resulten indicadas. Piénsese en los casos en que se le otorga un protocolo normal de seguimiento a un embarazo de una mujer de aproximadamente 42 años de edad, en el que no se lleva a cabo la prueba del “Triple Screening” por considerar que según los antecedentes familiares no existe ningún caso previo de síndrome de down, descartando así, cualquier factor de riesgo que amenace al feto en este sentido. En este tipo de supuestos la negligencia deriva de la ausencia de recomendación de practicar dicha prueba diagnóstica, pues según la “lex artis ad hoc” resulta indicado proceder a la misma, a efectos de descartar el riesgo de padecimiento de dicha anomalía congénita, toda vez que la edad de 42 años por sí constituye un factor de riesgo para dicha anomalía. Es preciso destacar que la identificación correcta de los distintos indicios del riesgo resultan fundamentales para conocer el tipo de prueba diagnóstica que se procederá a realizar, en tanto en cuanto la existencia de un factor de riesgo determinado autoriza únicamente la práctica de pruebas diagnósticas asociadas a dicho riesgo. Así las cosas, si el riesgo que resulta identificable a la luz del estado actual de los conocimientos de la ciencia y la técnica médica no es la causa de la anomalía genética o congénita que finalmente se manifiesta no resulta exigible al médico la práctica de la prueba diagnóstica que habría identificado el riesgo que finalmente se desencadena, pues no existían indicios suficientes que justificaran la realización de dicha prueba en concreto.

La segunda subfase del proceso de emisión de diagnóstico se refiere a la práctica de la prueba propiamente dicha, en la cual se pueden llegar a vulnerar de distintas maneras el deber de actuación médico-asistencial. La determinación de la infracción de estos deberes de conducta apunta más que todo a la pericia y diligencia que se estima exigida tanto en actividades relativas a la toma de muestras como en aquellas referidas a la realización de la prueba mediante la técnica, los instrumentos y los aparatos que según las reglas del oficio médico resultan exigibles, o en actividades como el análisis y la interpretación diligente de los resultados arrojados por la prueba diagnóstica²⁷². En esta concreta subfase, tales deberes de actuación también se hacen realmente patentes en los supuestos de diagnósticos preimplantacionales. La extracción de la muestra (componente anatómico que va a ser examinado) a efectos de proceder a un diagnóstico preimplantatorio surge del embrión que haya sido fecundado con fines exclusivos de reproducción. Resulta fundamental que el médico desempeñe en su actuación el cuidado, la técnica y el arte exigidos para la extracción y custodia de dicha muestra, máxime si

²⁷¹ DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo, “Diagnósticos genéticos y prenatales y responsabilidad (Parte II)”, op.cit. pp. 144-145.

²⁷² Véase a este respecto, las consideraciones efectuadas por este autor en cuanto al elemento de la culpabilidad. DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo, “Diagnósticos genéticos y prenatales y responsabilidad (Parte II)”, op.cit. p. 144.

tenemos en cuenta que la misma ha de obtenerse del embrión o feto *in vitro*, pues el grado de pericia que se exige es considerable, en tanto que los riesgos de afectación al feto resultan preponderantes²⁷³. Así, la utilización de la instrumentación quirúrgica inadecuada, la impericia en la técnica de extracción de la muestra, la falta de cuidado en la custodia de la misma y la realización de la prueba propiamente dicha mediante aparatos que no son los idóneos determinarán con alta probabilidad la negligencia del actuar médico-sanitario.

La interpretación de los resultados arrojados por las pruebas diagnósticas no constituye siempre una cuestión de fácil abordaje como en principio pudiera parecer. En no pocas ocasiones los resultados obtenidos no resultan claros y no porque se haya realizado de manera indebida la prueba diagnóstica sino porque pueden surgir circunstancias que aunque inherentes a la actividad en cuestión resulten inevitables a la luz de los conocimientos médicos, siendo necesaria la debida diligencia del médico tratante ordenando la repetición de la prueba, si de acuerdo a las circunstancias del caso resulta indicado, a efectos de verificar con mayor claridad los resultados arrojados y así disipar las dudas que al respecto se puedan ocasionar. De igual manera, es posible que muchas veces los resultados se manifiesten en términos de probabilidades en los que sería negligente interpretar dichos resultados de una forma positiva o negativa, pues es más viable hacerlo en términos de probabilidades y siempre dejando en claro que no son más que eso, probabilidades, que en ningún caso se pueden asimilar a certezas o afirmaciones precisas.

Los errores que se deriven directamente de la prueba diagnóstica practicada sin que haya mediado ningún tipo de conducta reprochable por parte del médico tratante, así como del centro asistencial, y de las Empresas Promotoras de Salud, no le pueden ser imputados bajo el título de culpa, en tanto en cuanto existe un margen de error imposible de eliminar según el estado actual de los conocimientos de la ciencia y técnica médica, los cuales deben ser asumidos por el paciente, pues son riesgos generales de la vida que todos debemos soportar²⁷⁴. Diferente sería el caso en el que dicho error es producto del mal funcionamiento de los equipos médicos utilizados para la realización de la prueba, lo que probablemente vincularía la responsabilidad tanto del centro asistencial como de las Entidades Promotoras de Salud (incumplimiento del deber institucional), e incluso del médico tratante si de acuerdo a las circunstancias del caso se comprueba que este pudo tener conocimiento del mal funcionamiento y no lo reportó (incumplimiento del deber profesional).

La tercera y última fase que hemos querido destacar es la relativa a la elaboración e información al paciente del diagnóstico definitivo. En estos supuestos la no información respecto de un diagnóstico, la información errada o la información tardía constituyen una modalidad frecuente de culpa o falta de diligencia en esta fase del procedimiento médico²⁷⁵. Piénsese en los casos en que una mujer solicita la prueba de amniocentesis para descartar la existencia de anomalías cromosómicas pues existen factores de riesgo que indican su realización. Sin embargo, la comunicación de los resultados de dicha prueba no se realiza hasta después de finalizado el término legal para

²⁷³ Sobre la cuestión relativa a la impericia como una de las formas de falta médica. Ver este apunte interesante. SERRANO ESCOBAR, Luis, op.cit. pp. 121-122.

²⁷⁴ SANTOS BRIZ, Jaime, *La responsabilidad civil*, Montecorvo S.A., Madrid, 2001, p. 189.

²⁷⁵ DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo, "Diagnósticos genéticos y prenatales y responsabilidad (Parte II)", op.cit. p. 145.

llevar a cabo la interrupción voluntaria del proceso de embarazo, sin que medie ninguna justificación al respecto. De igual manera, la elaboración negligente del documento de diagnóstico puede constituir la causa de un error en la comunicación de los resultados que inicialmente arrojó la prueba realizada; estas conductas negligentes pueden provenir directamente del médico que analiza los resultados de la prueba al elaborar un documento en el que se consignan los resultados de una prueba diagnóstica que no se corresponda con la que se ha analizado, o pueden provenir de cualquier auxiliar u otro sujeto que haya elaborado formalmente el documento en el que se consignan los datos relativos al resultado de la prueba y, que en efecto, se comunicará al paciente.

Así las cosas, resulta totalmente exigible proceder de manera diligente a la elaboración de los documentos que consignan los datos relativos a los resultados obtenidos de las pruebas diagnósticas que se hayan efectuado, adoptando las medidas de precaución que se estimen prudentes a efectos de evitar confusiones o errores en la elaboración de los mismos. Por otra parte, también resulta exigible que se les brinde información a los pacientes respecto de la existencia de pruebas diagnósticas que puedan descartar patologías o confirmarlas tanto en la descendencia futura, como en el feto, siempre que estas se entiendan indicadas. No existe un término específico en el cual se deba cumplir con la obligación de comunicar los resultados de las pruebas diagnósticas, es decir, la emisión del diagnóstico definitivo. Sin embargo, no resultaría compatible con las normas éticas y deontológicas del actuar médico la ausencia de celeridad en cualquier intervención o tratamiento, así como en la notificación de los resultados de exámenes o diagnósticos que se hayan practicado en el paciente. Ello sin lugar a dudas, vulneraría dichas normas deontológicas que se deben entender integradas en la “lex artis”. En lo que tiene que ver con la comunicación tardía de los resultados de pruebas diagnósticas, específicamente aquellas que se presentan fuera del término legal para ejercer el derecho a abortar, resulta evidente que este término en la generalidad de los casos constituye un límite temporal para el profesional sanitario, pues el mismo está obligado a no obstaculizar el ejercicio del derecho a interrumpir voluntariamente el embarazo y a garantizarlo cuando de su actuación dependa llevarlo a cabo. En estos asuntos, es evidente que la actuación tardía del agente sanitario impide la toma de una decisión informada a este respecto.

2.2.2.1 La inexistencia de deberes de actuación médico-asistenciales en el concreto marco de los supuestos de diagnósticos indirectos

Análisis aparte merece el deber de actuación médico-asistencial en el marco de lo que algún sector doctrinal ha insistido en denominar diagnósticos indirectos.

La asistencia médica, entendida desde una concepción amplia, desde siempre ha constituido un servicio necesario para los seres humanos; los avances científicos y tecnológicos han permitido mejorar ostensiblemente la calidad de vida y garantizar mayor longevidad en el hombre. No obstante, la responsabilidad de quienes dispensan dicho servicio también ha aumentado considerablemente hasta el punto de hablar de la existencia de lo que se conoce como la “medicina defensiva”²⁷⁶.

²⁷⁶ DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo, “Aplicación de un sistema de protocolos en la práctica de pruebas preoperatorias”, op. cit. pp. 46-47.

La vigilancia social, gubernamental e incluso judicial en lo referente a la actuación médico-hospitalaria en general, ha llevado a la creación de asociaciones, cooperativas o gremios de profesionales de la salud para defender los intereses de los mismos, quienes a lo largo del tiempo han pasado de ser un gremio que era escuchado reverencialmente a uno que experimenta cómo se cuestionan sus consideraciones y se esperan explicaciones que antes eran impensables. A raíz de toda esta evolución que de alguna u otra manera ha victimizado en parte a la profesión médica, las conductas de dichos profesionales apuntan más a la protección de sus intereses que a la preservación de los intereses del paciente, es decir, en no pocas ocasiones hemos visto como los médicos se abstienen de recomendar determinadas alternativas que pueden ser beneficiosas para el paciente por considerarlo una exposición innecesaria de su responsabilidad profesional, v.gr., el médico que después de efectuar la prueba diagnóstica pre-natal del “Triple Screening” sigue teniendo dudas respecto de la existencia de anomalías cromosómicas en el feto, y para curarse en salud, opta por recomendar la interrupción voluntaria del embarazo aun siendo consciente de que existe una importante probabilidad de que el niño se encuentre sano. Todo esto refleja cómo surge la necesidad de mantener un equilibrio y cierto grado de razonabilidad en las decisiones que vinculan la responsabilidad de los profesionales de la salud.

Es indudable que a mayores conocimientos y saberes en la ciencia médica mayor debe ser la responsabilidad de quienes administran dichos conocimientos, pues resulta ilógico y desproporcionado que un profesional de la salud que goza de conocimientos especializados y de mayores herramientas para desempeñar su labor se encuentre en el mismo nivel de exigencia que aquel que no ostenta conocimientos especializados en una materia específica. A pesar de ello, no resultaría acertado imponer una carga desproporcionada e ilegítima en cabeza tanto de los profesionales de la salud como de los centros asistenciales e institucionales que contribuyen a la prestación del servicio de salud, pues la naturaleza de la actividad sanitaria obliga a que la misma se encuentre en la generalidad de los casos sometida a la “lex artis ad hoc”. Por ello, el médico no puede ni debe garantizar la salud del paciente, ni su recuperación, sino garantizar la utilización de los medios necesarios y disponibles que contribuyan al mejoramiento del estado de salud del paciente, así como proporcionarle todos los cuidados que su salud requiera según las reglas del oficio médico²⁷⁷.

Hablar de la existencia de un deber de actuación en los casos de diagnósticos indirectos parece imponer una carga excesiva en cabeza de los profesionales de la salud, pues indirectamente les exige no solo prestar diligencia y atención a la actividad por la que se les está consultando sino que además les obliga a informar sobre cuestiones que, en principio, el médico no ha fijado específicamente su atención, por lo que dar una información de este tipo puede llegar a no ser tan recomendable o, peor aún, otorgar información de la que es posible que el paciente prefiriera no tener conocimiento²⁷⁸. A mi modo de ver, esto no quiere decir que el profesional sanitario que pueda llegar a tener conocimiento de alguna situación colateral en lo referente al estado de salud del paciente

²⁷⁷ BONILLA SÁNCHEZ, Juan, op.cit., p. 45.

²⁷⁸ El tratamiento de la información genética sin el consentimiento del paciente podría vulnerar sus derechos fundamentales. Véase. GÓMEZ CORDOBA, Ana, op.cit. p.190. Algunos autores hablan del ejercicio de un eventual derecho a no saber. Véase. EMALDI CIRIÓN, Aitziber, op.cit. pp. 274-275; LÓPEZ MESA, Marcelo, *Teoría General de la Responsabilidad civil médica en el Derecho argentino y comparado*, op.cit. p. 342. SÁNCHEZ CARO, Javier, “Consentimiento informado y salud”, *Cuadernos de Derecho judicial. Consejo General del Poder Judicial. Salud pública y Derecho administrativo*, No. 5, Madrid, 2004, pp. 181-183.

no pueda informar sobre los efectos que en la descendencia futura puedan ocasionar tales lesiones, o que tenga prohibido hacerlo. Creo que en efecto podría otorgarse información en este sentido, sin perjuicio naturalmente de eventuales vulneraciones a derechos fundamentales por revelar informaciones que el paciente no deseaba conocer. Lo que sí rechazamos de plano es aquella postura relativa a imponer tal actividad como un deber de actuación. Dicho de otro modo, este tipo de informaciones colaterales no resultan a mi juicio exigibles de conformidad con las reglas del oficio médico, de no ser así, el umbral de exigencia normalmente impuesto a los responsables de la prestación del servicio de salud se vería en estos supuestos visiblemente alterado.

Existen algunos autores que citan ejemplos de lo que pudiera llegar a ser un supuesto de diagnóstico indirecto, sin embargo no siempre resulta clara su apreciación. Señalan casos como aquellos en donde un paciente se somete a un consejo genético no relacionado con la reproducción y en el marco de ella se obtiene información relevante respecto a su descendencia futura. A mi juicio, este supuesto de hecho en concreto no debería de ser calificado como diagnóstico indirecto, pues si bien el médico o genetista debe informar al paciente de las alteraciones genéticas que este sufre y que probablemente repercutirán en su descendencia futura, tales informaciones resultan inescindibles, pues no se podría pensar en otorgar un consejo genético eficaz cuando no se está informando respecto del alcance de la anomalía genética o cromosómica que el paciente pueda padecer; así, la información relativa a la afectación a su descendencia futura hace parte de la información por la que se acudió a consulta. Es decir, este dato genético no es extraño a la consulta inicial independientemente de que la finalidad de la consulta no haya sido por motivos reproductivos.

3. EL DEBER DE INFORMACIÓN: BREVES REFERENCIAS A LAS FIGURAS DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y DE LA INFORMACIÓN HUMANITARIA

3.1 Antecedentes.

Hemos considerado oportuno abordar el tema del deber de información de manera separada del resto de deberes de actuación médico-asistenciales que tuvimos la oportunidad de analizar en los epígrafes anteriores.

Las reclamaciones que dentro de esta investigación estamos desarrollando se fundamentan de manera primordial en el ejercicio de esa obligación de información que es estrictamente médica pero que se refleja de manera importante en la gestión asistencial y administrativa de los centros hospitalarios y las EPS respectivamente. Dicho de otra manera, el presupuesto jurídico sobre el que se fundamentan estas reclamaciones, principalmente las demandas “wrongful birth” y “wrongful life” lo constituye la existencia de un deber de información. En lo referente a las demandas “wrongful conception” este deber de información también se verifica aunque de manera distinta, en tanto que en estos casos la conducta médico-asistencial reprochable consiste tanto en la falta de información respecto de los riesgos de fracaso de cualquier intervención o tratamiento, como en la falta de información acerca de los cuidados y precauciones que deban tenerse en cuenta durante la fase post-operatoria de cualquier proceso esterilizador (consentimiento informado). No obstante, en ambos supuestos es posible aseverar que el

deber jurídico de información constituye un presupuesto fundamental en el análisis de estas reclamaciones de responsabilidad.

La relación médico-paciente desde sus inicios se ha fundado en términos paternalistas en donde ha sido el médico quien ha tenido la última palabra y quien ha dirigido todo el proceso asistencial sin la existencia de un deber de informar al paciente sobre su estado de salud (información diagnóstica), así como sobre las distintas alternativas terapéuticas a llevar a cabo a efectos de recuperar un estado óptimo de salud o de paliar los efectos perjudiciales de cualquier patología determinada²⁷⁹. Pensar en algún tipo de autorización que le fuera exigible al galeno para la realización de cualquier procedimiento médico también constituía un absurdo, no se evidenciaba razón alguna que fundamentara dicha exigencia, toda vez que únicamente el profesional médico era quien conocía la forma de enfrentar la patología determinada; carecía de sentido exigir una autorización de un paciente que no ostenta ni la más mínima idea de lo que padece ni de lo que resulta más conveniente para él²⁸⁰.

En términos generales, es posible afirmar que durante la primera mitad del siglo XX este régimen paternalista en la relación médico-paciente se siguió manteniendo en la mayoría de los países de occidente, en donde la comunicación e información que podría surgir se circunscribía a la necesidad de colaboración que el paciente debía prestarle al galeno para la realización eficiente de la actividad médica, pudiendo este perfectamente si lo consideraba conveniente no otorgar información alguna. Es decir, existía una total autonomía por parte del profesional de la salud en el manejo de la actividad médica, lo cual hacía imposible, en términos generales, si quiera considerar la falta de diligencia o la existencia de culpa a causa de la omisión en el suministro de información al paciente. A partir de la segunda mitad del siglo XX se comienzan a encontrar algunas manifestaciones de estos deberes de información que parecen evidenciar un traslado de un modelo paternalista a un modelo autonomista, a un modelo basado en la dignidad humana y en la autodeterminación del paciente. Lo cual sin duda alguna viene influenciado por las corrientes propias del constitucionalismo contemporáneo que venían abriéndose camino y que buscaban la creación de auténticos Estados sociales de derecho.

De cualquier manera, se experimentaron cambios sustanciales en el ejercicio de la medicina, en la cual empezó a hablarse de la existencia de deberes de información del galeno respecto a sus pacientes. Estos iban dirigidos concretamente a informar de los procedimientos médicos tanto de finalidad diagnóstica como de finalidad terapéutica que se estimarán aconsejables; así mismo, se empezaba a exigir el consentimiento previo del paciente para la realización de cualquier intervención o tratamiento médico. La claridad, la inteligibilidad y la oportunidad en la información suministrada constituyen unos presupuestos básicos para el cumplimiento satisfactorio del deber a cargo del profesional de la salud, quien además debe obtener el consentimiento -previo a la realización de cualquier intervención diagnóstica o terapéutica- que debe estar a su vez fundamentado en la información veraz que ha suministrado este a su paciente.

El primer antecedente del que razonablemente podría existir noticia se remonta al año de 1767 en Inglaterra, concretamente, en el caso Slater v. Baker y Stapleton, en el

²⁷⁹ En la misma línea. LÓPEZ MESA, Marcelo, *Teoría General de la Responsabilidad civil médica en el Derecho argentino y comparado*, op.cit. p. 299.

²⁸⁰ Resaltando la excesiva reverencia que existía otrora respecto al profesional de la medicina. PRÉVOT, Juan Manuel, op.cit. 226.

que se consideró que debía existir el consentimiento del paciente antes de la realización de cualquier intervención concreta de los galenos. No obstante, esta línea interpretativa que entre otras cosas experimentó un desarrollo poco profundo, constituyó un caso aislado en consonancia con lo que venía sucediendo en la totalidad de los países de occidente. Habría que esperar hasta el siglo XIX y XX, para desempolvar este criterio interpretativo e imprimirle una aplicación concreta y más profunda a la inicialmente efectuada como sucedió en los Estados Unidos. Sin embargo, es hasta la segunda mitad del siglo XX, concretamente en el año de 1957, cuando se utiliza por primera vez en una sentencia la expresión denominada “consentimiento informado”. Ocurrió en EE. UU., en el Estado de California en el caso *Salgo v. Leland Stanford Jr. University Board Trustees*, en donde se impone el deber a cargo del médico de informar respecto de aquellos aspectos relevantes para el otorgamiento de un consentimiento consciente y adecuado.

A partir de aquí, el reconocimiento de los derechos de los pacientes a ser informados acerca de las intervenciones o tratamientos que se les pudieran practicar no se hizo esperar, materializándose a través de las elaboraciones en masa de reglamentos y normas jurídicas en donde se codificaba lo que inicialmente se había señalado por la jurisprudencia, obligándose al profesional de la salud a la obtención del “consentimiento informado” como requisito previo para la realización de cualquier procedimiento médico.

La autodeterminación del paciente como una manifestación del principio constitucional de la dignidad humana constituye el fundamento de este deber impuesto no solo en cabeza del profesional de la salud²⁸¹ sino también de los centros asistenciales. Por consiguiente, en la actualidad debe mantenerse una comunicación más fluida con el paciente, de manera que no solo se asegure el suministro de la información relevante, sino también la comprensión precisa de lo que se está informando.

3.2 Generalidades

En la actualidad podríamos calificar el deber de información como una de las obligaciones más significativas en la prestación del servicio médico-asistencial²⁸², de manera pues, que redimensiona la posición jurídica del paciente, en la que este constituye un sujeto de derechos que puede exigir de aquellos responsables de la prestación del mismo el cumplimiento de los derechos que le han sido especialmente reconocidos.

El deber de información constituye una exigencia de la “lex artis” para la realización de cualquier intervención médico-quirúrgica sea con fines diagnósticos o terapéuticos, es decir, integra aquel estándar de actuación que resulta exigible en la prestación médico-asistencial, de manera que su desconocimiento constituye una actuación perfectamente reprochable a la luz de las normas de responsabilidad civil o patrimonial, pudiendo vincular la responsabilidad del Estado o de los particulares, dependiendo del ámbito público o privado en el que se desencadene la falta del deber.

La figura que por lo general encierra este deber de información es la relativa a la del consentimiento informado, que tal como tuvimos la oportunidad de analizar, es la

²⁸¹ GÓMEZ CÓRDOBA, Ana, op.cit. p. 193.

²⁸² Resaltando el deber de informar y advertir como una de las principales obligaciones en la prestación del servicio médico. Ver. PÉREZ DE LEAL, Rosana, op.cit. pp. 70-71.

que abre el camino al reconocimiento de los derechos de los pacientes a ser informados respecto de cuestiones sumamente relevantes: información referente al concreto estado de salud, alternativas o tratamientos terapéuticos, sus beneficios, riesgos generales y personalizados de los mismos, así como los riesgos por el no sometimiento a dichas alternativas, el pronóstico, la duración aproximada de la incapacidad, entre muchas otras²⁸³. También este consentimiento informado se exige en aquellos supuestos en donde la finalidad que se busca obtener es de carácter investigativo²⁸⁴. Es el derecho a la autodeterminación del paciente el que fundamenta esta exigencia. Nos encontramos hablando de un deber de información que surge en el contexto de la necesidad de obtener por parte del paciente la autorización o rechazo de cualquier actividad médico-quirúrgica que se pretenda llevar a cabo, en tal forma que si este debe asumir los riesgos generales de la vida, como pudiera suceder con la cristalización de aquellos riesgos previsibles pero inevitables que resultan típicos en el marco de cualquier intervención quirúrgica, al menos los asuma siendo consciente de ellos, y no que termine otorgando el consentimiento para una intervención de la que ni siquiera tiene una idea sobre los riesgos que comporta²⁸⁵.

Este ha sido el fundamento en el que se ha consolidado la existencia de un deber de informar, es decir, en el otorgamiento de la posibilidad de concederle al paciente una decisión informada, que en últimas va a repercutir en su humanidad. Resulta un desconocimiento al derecho fundamental de la dignidad humana someter al paciente a una serie de riesgos -que encima debe asumir en virtud de que se tratan de situaciones inherentes a la vida humana- sin la posibilidad de que este pueda optar por decidir si quiere o no someterse a ellos²⁸⁶.

No obstante, es posible verificar que el contenido de ese deber de informar no se reduce a lo anteriormente expuesto, también hace referencia a una faceta que no se integra en el contexto de la necesidad de obtener una autorización o rechazo por parte del paciente para llevar a cabo una intervención médico-quirúrgica (consentimiento informado), sino que busca ilustrar al paciente sobre su estado de salud, en la que el objetivo no lo constituye la obtención de un consentimiento, sino la transmisión de un conocimiento. Es posible argumentar que esta faceta del deber de información también hace referencia a un respeto por el derecho a la dignidad humana, sin embargo, en estos supuestos no se pretende practicar algún tipo de intervención médico-quirúrgica para la

²⁸³ MARTÍNEZ RAVE, Gilberto, op.cit. pp. 408-409. Elaborando una lista más detallada sobre lo que suele ser el contenido de los documentos de consentimiento informado. Ver. EMALDI CIRIÓN, Aitziber, op.cit. pp. 188-189

²⁸⁴ Corte Constitucional, Sentencia SU- 337/1999, de 12 de mayo de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero. En la misma línea. GÓMEZ CÓRDOBA, Ana, op.cit. pp. 193-194.

²⁸⁵ Destacando que aun cuando el instituto del consentimiento informado pueda estar protegido como si se tratara de un derecho fundamental, este no es tal; se trata de un mecanismo cuya finalidad absoluta es garantizar la efectividad de aquellos. Ver. ROVIRA VIÑAS, Antonio, *Autonomía personal y tratamiento médico (Una aproximación constitucional al consentimiento informado)*, Thomson-Civitas, Pamplona, 2007, pp. 108-116. En el mismo sentido. ÁLAMO ALONSO, Mercedes, "El consentimiento informado del paciente en el tratamiento médico. Bases jurídicas e implicaciones penales", *Autonomía personal y decisiones médicas. Cuestiones éticas y jurídicas*. Civitas, Navarra, 2010, pp. 100-103. En manifiesta oposición a los anteriores autores hay quien califica la figura del consentimiento informado como un auténtico derecho fundamental o derecho humano. Ver. PLAZA PENADÉS, Javier, "El nuevo marco de la responsabilidad médica y hospitalaria", *Revista de Derecho patrimonial*, Monografía No. 7. Aranzadi, Navarra, 2002, p. 69.

²⁸⁶ Resaltando precisamente que ese consentimiento al acto médico no es más que una consecuencia directa de la primacía de la persona humana. LE TOURNEAU, Philippe, op.cit. p. 406.

cual sea necesario obtener un consentimiento consciente, es decir, no se trata de informar al paciente sobre los riesgos que puede enfrentar ante la realización de alguna intervención o tratamiento. Esta faceta del deber de información solo se refiere a la ilustración que podríamos calificar como *humanitaria* y no funcional; la cual se le efectúa al paciente con la finalidad de que tenga plena conciencia de lo que está padeciendo independientemente de las alternativas que pueda tomar al respecto. Es indudable que esta perspectiva adicional del deber de información nace a raíz de la figura del consentimiento informado, en la que el principio de la dignidad humana adquiere un mayor grado de dimensión, concibiendo un derecho del paciente a conocer su propio estado de salud con total independencia del fin instrumentalizador que por lo general ostenta este conocimiento, es decir, aceptar o rechazar un procedimiento médico-quirúrgico que se estima como conveniente.

Atendiendo a lo anteriormente mencionado, es posible analizar de qué manera este deber de información se integra en el marco de las obligaciones médico-asistenciales que dentro del presente trabajo hemos querido calificar como de medios, con la precisión de que este deber no solo se cristaliza cuando se está en presencia de cualquier intervención médico-quirúrgica que se estima viable sino también ante la ausencia de ella, pudiendo generarse responsabilidad civil o patrimonial ante el incumplimiento de dicho deber en cualquiera de sus facetas. Este cumplimiento debe alejarse de cualquier significado meramente formal, el cual fue el que al parecer inicialmente se adoptó por parte de la práctica médica e institucional y, que a raíz de tal situación, afortunadamente cada vez más se han venido implementando nuevos mecanismos para otorgar una connotación más material a este deber de información.

En los supuestos de consentimiento informado, las elaboraciones de documentos estándar²⁸⁷ debidamente firmados por los pacientes suponían hasta no hace mucho el cumplimiento del deber de informar a los mismos sobre las intervenciones que se estiman son las convenientes de acuerdo a su concreto estado de salud. Ello había provocado la existencia de cierta despreocupación por parte tanto de los profesionales de la salud como de los centros asistenciales en cuanto al conocimiento real que pudiera obtener el paciente sobre los riesgos a los que el mismo se estuviera enfrentando, importando únicamente que existiera la acreditación escrita que autorizase la realización de cualquier intervención, documento que muchas veces consagraba aquellos riesgos generales que se pueden presentar en los distintos procedimientos médicos que se practican, pero que de ningún modo recogían los riesgos específicos de la intervención y aquellos personalizados atendiendo a las circunstancias concurrentes en el caso. Pues bien, afortunadamente esta tendencia ha ido desapareciendo hasta el punto en que difícilmente se podría afirmar que hoy por hoy sea posible evidenciar despreocupación alguna respecto del grado de conocimiento que pueda ostentar el paciente²⁸⁸. Es doctrina consolidada en la actualidad, la relativa a que este cumplimiento formal de la obtención del consentimiento informado no resulta suficiente y constituye un incumplimiento del deber de actuación médico-asistencial, en tanto que la razón primordial por la que se exige dicho deber de información estriba en la capacidad del paciente de autodeterminar

²⁸⁷ Rechazando justamente este tipo de prácticas. *Ibíd.* p. 403.

²⁸⁸ Resaltando de igual manera cómo a raíz del cúmulo de fallos condenatorios las instituciones médico-asistenciales se han visto en la necesidad de ir erradicando aquella tendencia a elaborar documentos de consentimiento informado que resultaren totalmente generales e impersonales, es decir, sin el cumplimiento de los requisitos que las normas exigen para el efecto. Ver. PARRA GUZMÁN, Mario, *op.cit.* p. 109.

sus actuaciones, de elegir el camino que se deba tomar, de otorgar un consentimiento que materialmente haya sido informado, lo cual no siempre sucede con las prácticas negligentes e insuficientes que solo buscan cumplir formalmente con dicha información.

3.3 El deber de información en las demandas objeto de nuestro estudio

El deber de información se proyecta de manera sustancialmente distinta tanto en las reclamaciones propias de las acciones “wrongful conception” como en las reclamaciones “wrongful birth” y “wrongful life”. Tal como hemos tenido la oportunidad de analizar, en los supuestos de hecho de las primeras el contexto en que estas se presentan es en el marco de la realización de tratamientos o intervenciones que tengan como finalidad evitar la concepción o fecundación de un cigoto, o extinguir de manera temporal o definitiva la capacidad reproductiva del paciente. La figura del consentimiento informado como una de las facetas del deber de información se presenta como uno de los protagonistas en este tipo de supuestos, como sabemos cualquier tipo de intervención médica o quirúrgica necesita ser debidamente informada al paciente, no siendo posible la práctica de ellas sin ningún tipo de aquiescencia de este²⁸⁹.

En los supuestos propios de las reclamaciones “wrongful birth” y “wrongful life”, la cuestión no radica en la información respecto de la realización de una intervención concreta, pues la endilgación de responsabilidad según estas demandas no se refiere a la falta de información directamente relacionada con las características concretas de la intervención o los riesgos que la misma pueda conllevar; esto resulta irrelevante. Diferente sería que en lo referente a la realización de la prueba diagnóstica de que se trate deba cumplirse con la obtención del consentimiento informado, pero en estos casos, su incumplimiento o cumplimiento insuficiente podría conllevar a la atribución de responsabilidad civil o patrimonial, pero no bajo las reclamaciones o acciones que dentro del presente estudio estamos investigando, sino que sería un supuesto propio de imputación de responsabilidad por el incumplimiento de la obligación de obtener el consentimiento informado.

En la actualidad este tipo de reclamaciones de responsabilidad no resultan muy usuales en nuestro país tal como hemos podido comentar en el capítulo anterior, sin embargo, hemos tenido conocimiento de la presentación de demandas que a este respecto se han venido presentando con la finalidad de garantizar en mayor medida los derechos de los pacientes que muchas veces se ven conculcados en ocasión al actuar médico-hospitalario. No obstante, es probable que este tipo de demandas sean inicialmente rechazadas por parte de los tribunales de justicia tal como sucedió en la mayoría de los países que en la actualidad podría decirse han evolucionado en el tratamiento de este tipo de reclamaciones, lo que sin duda alguna debe entenderse como el primer paso para que el ordenamiento jurídico colombiano incluya en su seno aun cuando sea por vía jurisprudencial a este tipo de demandas de responsabilidad. Dicho de otra manera, la proliferación de estas reclamaciones aun cuando inicialmente sean rechazadas evidencian un cambio de mentalidad, la afectación al sentimiento de justicia respecto de conductas ante las que anteriormente solo cabía resignarse pero que en la actualidad parece ya no ser suficiente, así como la necesidad de adecuar nuestro Derecho de daños a

²⁸⁹ SANTOS BRIZ, Jaime, *La responsabilidad civil*, op.cit. p. 206. Aun cuando este autor limita la obligatoriedad de obtener tal consentimiento informado a aquellos casos que entrañen peligro.

la realidad existente; cambio de mentalidad que sin lugar a dudas debe permear en la actividad judicial, pues el Derecho de daños no puede concebirse fuera de la realidad en que se contextualiza.

Los deberes de información tanto en su faceta de consentimiento informado como en su faceta de información meramente ilustrativa o humanitaria han permitido ampliar cualitativamente y cuantitativamente el ámbito de acción de la institución jurídica de la responsabilidad civil, creando un deber de conducta adicional por el cual *per se* es posible endilgar responsabilidad, y a través de los cuales es posible que se creen teorías que fundamentan sus postulados en dichos deberes de información.

Tal ha sido la situación de estos tipos de reclamaciones de responsabilidad, en donde el fundamento casi absoluto de las mismas se basa en la falta de información o información deficiente que el médico debe suministrar en el ejercicio de las funciones que le son propias. Hago uso del adverbio “casi”, en tanto que en las reclamaciones “wrongful conception” es también posible vincular la responsabilidad civil o patrimonial de quien corresponda cuando en virtud de la impericia médica se ha desempeñado una técnica deficiente en la realización de un procedimiento esterilizador o de implantación de un DIU²⁹⁰. Así, no podría hablarse de que el fundamento de la imputación de responsabilidad estriba en la falta de información desplegada por parte del profesional médico sino en la deficiente realización del procedimiento de esterilización o anticoncepción, que a su vez, conllevó a la fecundación del *nasciturus* y al posterior nacimiento de un niño con todas las consecuencias que ello implica. De igual manera sucedería en los supuestos propios de intervenciones fallidas que buscan interrumpir el proceso de embarazo. Por lo general, en este tipo de supuestos la culpa se evidencia a través de la técnica deficiente que se ha empleado para llevar a cabo la finalidad requerida, es decir, en la realización deficiente del procedimiento o alternativa a seguir para interrumpir el proceso de embarazo de la paciente.

En lo que respecta a las reclamaciones “wrongful birth” y “wrongful life” uno de los elementos característicos de las mismas es precisamente la creación de un falso negativo en la representación mental que puedan llegar a tener los pacientes en cuanto a la realidad. Esta creación del falso negativo se lleva a cabo a partir de la información errónea que se le suministra a los padres, la cual puede surgir como consecuencia del incumplimiento de los deberes de actuación médico-asistenciales exigibles, caso en el que tendríamos que hablar de un incumplimiento en el deber de información desde la perspectiva de esa información meramente ilustrativa o humanitaria; pero también es posible que dichos diagnósticos, o informaciones erróneas que crean el referido falso negativo vengan precedidas de la indeterminabilidad de la ciencia médica, o de los límites que la misma comporta, como bien puede suceder con aquellas situaciones en las que aun utilizando todos aquellos instrumentos y alternativas que el estado actual de la ciencia y la técnica médica nos ofrece, resultó imposible brindar un diagnóstico prenatal acertado que hubiese permitido ejercer el derecho a interrumpir voluntariamente el embarazo. El error de diagnóstico en cuanto a enfermedades incurables bien de orden genético bien de orden congénito en aquellos supuestos en donde según la “lex artis ad hoc” hubiera sido posible brindar un diagnóstico acertado, constituye un presupuesto fundamental en la estructuración de estas reclamaciones de responsabilidad. Vale destacar que la inexistencia de información a este respecto comporta efectos similares a

²⁹⁰ MARTIN-CASALS, Miquel, SOLÉ FELIU, Josep, “Anticoncepciones fallidas e hijos no previstos”, op.cit., pp. 3-5.

los de los casos de diagnósticos erróneos, pues la creación del falso negativo se realiza tanto de una u otra forma. En todo caso, dicha inexistencia de información también debe estar precedida del comportamiento médico-asistencial negligente, en tanto que de no ser así, no sería posible reprochar jurídicamente el referido actuar.

Pretender atribuir algún tipo de responsabilidad civil o patrimonial en el marco de estas reclamaciones judiciales –“wrongful birth” y “wrongful life”- prescindiendo de un incumplimiento en el deber de información, resulta incompatible con la esencia de las mismas, en tanto que es la creación de ese falso negativo, debido a la falta de información, información errónea o incompleta lo que hace que nos encontremos en el marco de estas reclamaciones. No estamos diciendo que no sea posible hablar de una eventual responsabilidad pero de cualquier manera esta no se referirá a este tipo concreto de acciones judiciales, sino a cualquier otro tipo de acciones, como pudiera suceder con las lesiones prenatales, o las acciones de responsabilidad por procreación irresponsable.

En términos generales, tal como hemos podido observar, el deber de información adquiere especial relevancia en el estudio de este tipo de reclamaciones constituyendo la causa primordial por la que se endilga responsabilidad resarcitoria. A pesar de la distinta perspectiva en que se manifiesta este deber de información tanto en las acciones “wrongful conception” como en las acciones “wrongful birth” y “wrongful life”, podríamos decir que este tipo de reclamaciones encuentran su esencia en la existencia de ese deber de informar, en la existencia de esa obligación de suministrar las condiciones necesarias a efectos de que los pacientes asuman una correcta representación de la realidad, y no que por la falta de dicha información o información defectuosa se adquiriera una visión equivocada o falsa de lo que en realidad estaría sucediendo o podría acaecer. No obstante lo anterior, en las reclamaciones “wrongful conception”, tal como lo hemos venido reiterando en un par de ocasiones, pueden presentarse supuestos en los que la conducta que se estima reprochable no la constituye el deber de información sino la deficiente realización de cualquier intervención esterilizadora, anticonceptiva o en virtud de la interrupción fallida de un embarazo. Pese a ello, es indudable que, al margen de los supuestos en los que se evidencia la negativa por parte del médico o centro asistencial a practicar el aborto -de común ocurrencia en nuestro ordenamiento jurídico- y de los casos de interrupciones fallidas de los procesos de embarazo, la gran mayoría de estas demandas de responsabilidad se predicen del incumplimiento del deber de información respecto de los riesgos de fracaso de aquellas intervenciones o tratamientos que tengan como fin eliminar la capacidad reproductiva del paciente o evitar la fecundación del cigoto, así como de la falta de información respecto de los cuidados y atenciones post-operatorias que busquen asegurar los resultados de cualquier intervención, en tanto que no suele ser habitual que se presenten defectos en el procedimiento concreto que busca la anticoncepción o la esterilización del paciente. Por tanto, entendemos que no sería ningún desacierto si concluimos que aun tratándose de este tipo concreto de reclamaciones judiciales, la obligación de informar adquiere un rol protagonista y decisivo en el estudio de este tipo de demandas.

3.3.1 Presupuestos

3.3.1.1 Destinatarios

Estimamos importante efectuar un concreto análisis referente a los destinatarios de la información que están obligados a suministrar tanto los centros asistenciales como

los profesionales de la salud. Lo anterior teniendo en cuenta únicamente aquellos supuestos que se relacionen directamente con las reclamaciones que nos encontramos estudiando.

3.3.1.1.1 Personas con mayoría de edad (adultos)

La dignidad humana, desde su triple perspectiva funcional: dignidad humana como valor, como principio constitucional y como derecho fundamental, haciendo referencia a la triple categoría que la Corte Constitucional le ha dispensado, se refleja de manera importante en la autodeterminación del ser humano, en esa capacidad de poder ser autónomo, de poder decidir cómo planificar un proyecto de vida, un plan vital, cómo diseñar las pautas de comportamiento de conformidad con las experiencias que se vayan adquiriendo, o lo que es lo mismo, de poder experimentar un desarrollo libre y autónomo de su personalidad. En el ámbito médico-hospitalario este respeto por la dignidad humana se redimensiona aún con mayor fuerza, en tanto que en el marco de cualquier procedimiento médico es imprescindible contar con la anuencia de los pacientes que fungen como los sujetos pasivos del mismo. La toma de decisiones que en el marco de un procedimiento médico excluya la participación de los pacientes constituye no solo un atentado en contra de la dignidad humana desde esa perspectiva de la capacidad de los seres humanos de autodeterminar sus decisiones y actuaciones, sino también desde la perspectiva de la “intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral”, que atiende a otro de los objetos de protección que la Corte Constitucional Colombiana le ha dispensado a este principio constitucional. Lo anterior, en razón a que la toma de decisiones e, incluso la intervención médico-quirúrgica en la humanidad de los pacientes sin la aquiescencia de estos, constituye una violación directa a su integridad personal.

Son precisamente aquellos pacientes que cuentan con una mayoría de edad quienes por lo general disponen de la capacidad cognoscitiva necesaria para tomar las decisiones más acordes a sus intereses de cara a la realización de cualquier intervención médico-quirúrgica, así como para tomar cualquier tipo de decisión que incida en otros derechos personalísimos. Así, pues, es precisamente a ellos a quienes, en principio, se les debe suministrar de manera oportuna, clara, apropiada, completa e inteligible toda la información relacionada con el servicio médico-asistencial de que se trate²⁹¹. El sujeto de derecho como individuo plenamente capaz de tomar decisiones que comprometan su integridad física y moral se manifiesta dentro de este tipo de reclamaciones de responsabilidad como el protagonista principal de la relación médico-paciente, en la que a su vez determinará, como sucede en los supuestos propios de consentimiento informado, el camino o la alternativa que se estime más conveniente según su criterio personal, previo suministro de la debida, oportuna y necesaria información que permita hablar de la existencia de una decisión plenamente consciente²⁹². Así las cosas, es importante limitar las facultades de intervención que resulten ajenas a la voluntad del paciente, o impedir acciones que busquen manipular la decisión que este en virtud de su autonomía ha estimado como la más conveniente, pues dicha intromisión afectaría el

²⁹¹ LE TOURNEAU, Philippe, op.cit. p. 400.

²⁹² Enfatizando en la necesidad de identificar en el paciente unas condiciones mínimas de capacidad a efectos de que se le pueda suministrar información. CASTAÑO DE RESTREPO, María, *El consentimiento informado del paciente en la responsabilidad médica. Implicaciones de esta teoría en la responsabilidad civil médica con específicas referencias a la responsabilidad penal y disciplinaria de algunos profesionales de la salud*, op.cit. p. 99.

núcleo esencial del derecho a la dignidad humana tanto desde la perspectiva de protección al derecho a la autodeterminación personal, como desde la perspectiva de protección al derecho a la integridad personal propiamente dicha.

La titularidad y ejercicio de este derecho a ser informado recae, en principio, directamente en el paciente que se estima legalmente capaz para tomar decisiones plenamente conscientes en virtud de lo que considere más conveniente para su salud, con total independencia de que médicamente resulte, en efecto, lo más apropiado; o para tomar decisiones conscientes respecto de la ejecución de otros derechos personalísimos, como podría suceder con los derechos reproductivos. Imponer en estos casos un tratamiento o intervención médica en contra de la voluntad del paciente aun cuando sea en pro de su bienestar, así como ocultar o no suministrar información relevante que sirva de fundamento para el ejercicio de los derechos reproductivos, son supuestos en los que, en principio, se menoscaba de manera desproporcionada la dignidad humana de toda persona. En términos generales y, de conformidad con la presunción legal establecida por el Código Civil y por la ley 27 de 1977, se presumen plenamente capaces aquellas personas mayores de dieciocho años que en términos de esta norma son quienes han obtenido la habilitación de la edad (art. 1503 y 1504 CC), pues entiende la ley que solo hasta ese momento se ha adquirido la consciencia y madurez suficiente para el normal desenvolvimiento del sujeto dentro del tráfico jurídico propio de la sociedad, es decir, a juicio del legislador se estima que a esta edad se adquiere la madurez necesaria para actuar de manera responsable en la defensa de los intereses propios²⁹³. Esta presunción general se efectúa con independencia de cualquier circunstancia concurrente que pudiera determinar de manera importante un menoscabo en ese grado de madurez o de capacidad necesaria para asumir una decisión realmente consciente, casos en los cuales, se determinará si es necesario acudir a la obtención de un consentimiento sustitutivo.

En Colombia la figura del consentimiento informado se encuentra incorporada legalmente a través de la Ley 23 de 1981, que constituye el actual Código de Ética Médica, en donde a pesar de no hacer referencia explícita a la referida expresión, se exige la obtención del consentimiento del paciente antes de efectuar la realización de cualquier tratamiento médico o quirúrgico que estimen indispensables, previo suministro de información necesaria que dé cuenta de las consecuencias que podrían acaecer ante la realización del procedimiento de que se trate. De igual manera encontramos los artículos 10, 11, 12 y 13 del Decreto que reglamenta el Código de Ética Médica (Decreto Reglamentario 3380 de 1981), en donde también se efectúan algunas precisiones fundamentales referentes al deber de información antes de iniciar un tratamiento o intervención médico-quirúrgica que pueda afectar el estado de salud del paciente. Finalmente, hacer referencia al artículo 5 de la ley 1412 de 2010, que de manera expresa invoca la figura del consentimiento informado como requisito previo para realización de vasectomías y ligadura de trompas.

En España por su parte, la primera norma que habla de esta figura la constituye el artículo 148.4 del Reglamento General para el Régimen, Gobierno y Servicio de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social, aprobado en 1972. Así mismo, se establecen ciertas regulaciones en este sentido en los artículos 9, 10 y 11, de la Ley General de Sanidad de 1986. Finalmente, también la ley 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y

²⁹³ La misma presunción legal opera en España para designar la capacidad de ejercicio de las personas. (art. 12 CE y art. 314 y 315 CC)

documentación clínica se encarga de consagrar las normas específicas que respecto a la figura del consentimiento informado se presentan en aquel país.

De otro lado, la jurisprudencia constitucional también se ha pronunciado a este respecto en no pocas ocasiones fundamentando la obligación de información del médico o, mejor dicho, el derecho del paciente a ser informado y a que se le consulte cualquier procedimiento o intervención relacionado con el cuidado de su salud en los artículos 1 a 7, 11, 16 y 28 de la Carta Política, al considerar que los mismos constituyen una concreción del principio constitucional de pluralismo, del derecho a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad y a la integridad personal, entre algunos otros.

A este respecto, y refiriéndose a la figura específica del consentimiento informado, esta Corporación ha señalado lo siguiente:

“Debe tenerse en cuenta que “no cualquier autorización del paciente es suficiente para legitimar una intervención médica: es necesario que el consentimiento del paciente reúna ciertas características, y en especial que sea libre e informado”

En cuanto a lo primero –consentimiento libre-, significa que *“la persona debe tomar su determinación sin coacciones ni engaños. Así, no es válido, por haber sido inducido en error, el asentimiento de un paciente que es logrado [por ejemplo] gracias a una exageración, por parte del médico, de los riesgos de la dolencia y una minimización de los peligros del tratamiento”*

Con relación a lo segundo –consentimiento informado- la decisión *“debe fundarse en un conocimiento adecuado y suficiente de todos los datos que sean relevantes para que el enfermo pueda comprender los riesgos y beneficios de la intervención terapéutica, y valorar las posibilidades de las más importantes alternativas de curación, las cuales deben incluir la ausencia de cualquier tipo de tratamiento. Esto implica (...) que, debido a que el paciente es usualmente lego en temas médicos, el profesional de la salud tiene el deber de suministrar al enfermo, de manera comprensible, la información relevante sobre los riesgos y beneficios objetivos de la terapia y las posibilidades de otros tratamientos, incluyendo los efectos de la ausencia de cualquier tratamiento, con el fin de que la persona pueda hacer una elección racional e informada sobre si acepta o no la intervención médica”*²⁹⁴.

También estimamos fundamental recoger algunas consideraciones que ha efectuado esta corporación judicial en lo referente a la existencia del derecho fundamental a la autodeterminación reproductiva, el cual pone de manifiesto que para respetar el contenido fundamental del mismo es necesario proveer al paciente de toda la información necesaria para tomar una decisión consciente en cuanto a sus derechos sexuales y reproductivos. Sin lugar a dudas en estos casos no estamos hablando de un

²⁹⁴ Corte Constitucional, Sentencia T- 452/2010, de 15 de junio de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. En la misma línea las sentencias de Tutela: sentencia T- 823/2002, de 4 de octubre de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil; sentencia T-866/2006, de 19 de octubre de 2006, M.P. Jaime Araujo Rentería; sentencia T-1019/2006, de 1 de diciembre de 2006, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

deber de información desde la perspectiva del consentimiento informado sino desde su segunda faceta: la que hemos querido denominar aquí como información ilustrativa o humanitaria.

En lo referente a la existencia de este derecho a la autodeterminación reproductiva manifiesta lo siguiente:

“en virtud de la *autodeterminación reproductiva* se reconoce, respeta y garantiza la facultad de las personas de decidir libremente sobre la posibilidad de procrear o no, cuándo y con qué frecuencia. Ello encuentra su consagración normativa en el artículo 42 de la Constitución que prescribe que “*la pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos*” y en el artículo 16, ordinal e), de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés) que reconoce el derecho de la mujer y el hombre a decidir libremente sobre el número de sus hijos e hijas y el intervalo entre los nacimientos.

En este sentido, el derecho a la autodeterminación reproductiva reconoce a las personas, en especial las mujeres, el derecho a estar libres de todo tipo de interferencias en la toma de decisiones reproductivas, incluida la violencia física y psicológica, la coacción y la discriminación, pues no se deben sufrir tratos desiguales injustificados por razón de las decisiones reproductivas, sea que se decida tener descendencia o no (artículos 13 y 42 de la Constitución y artículo 11.2 de la CEDAW). Por tanto, se viola el derecho a la autodeterminación reproductiva cuando se presentan, por ejemplo, embarazos, esterilizaciones, abortos o métodos de anticoncepción forzados o cuando se solicitan pruebas de esterilización o de embarazo para acceder o permanecer en un empleo”²⁹⁵.

Por su parte, la jurisprudencia española también en infinidad de ocasiones se ha pronunciado sobre la figura del consentimiento informado, señalando lo siguiente: “El consentimiento constituye un derecho humano fundamental, precisamente uno de las últimas aportaciones realizadas en la teoría de los Derechos Humanos, consecuencia necesaria o explicación de los clásicos derecho a la vida, la integridad física y a la libertad de conciencia”²⁹⁶. Por otro lado, en lo que tiene que ver con el contenido de dicho consentimiento informado, dicho Tribunal Supremo ha señalado que “tal información comprenderá, para no incurrir en responsabilidad, el diagnóstico de la enfermedad o lesión que se padece, el pronóstico que de su tratamiento pueda esperarse y los riesgos del mismo”²⁹⁷.

Finalmente, resaltando la independencia del deber de información, el Tribunal Supremo ha señalado lo siguiente: “Su exigencia debe considerarse con independencia del cumplimiento del deber de que la intervención en sí misma se desarrolle con sujeción

²⁹⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-585/2010, de 22 de julio de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; Corte Constitucional, Sentencia T-841/2011, de 03 de noviembre de 2011, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

²⁹⁶ STS, Sala Primera, de 12 de enero de 2001, RJ 2001/3; STS, Sala Primera, de 11 de mayo de 2001, 6197/2001

²⁹⁷ STS, Sala Primera, de 8 de septiembre de 2003, EDJ 2003/92643.

a la “Lex artis” pues una cosa es que la actuación sanitaria se lleve a cabo con absoluta corrección y otra distinta que la reprochabilidad pueda basarse en la no intervención de un consentimiento del paciente o sus familiares debidamente informado por el médico”²⁹⁸

Atendiendo a lo anteriormente mencionado, es posible identificar el desarrollo jurisprudencial que a partir de las normas constitucionales y legales se ha venido manifestando en torno a la figura del deber médico-asistencial de información, haciéndose especial énfasis en que la ejecución de tal deber tiene que estar enfocado en el aseguramiento de que la referida información ha sido recibida en correcto sentido, y que pueda servir de fundamento para tomar decisiones plenamente conscientes.

En el ámbito de las reclamaciones de responsabilidad propias de las acciones “wrongful conception” suelen ser los adultos quienes se practiquen en el marco de cualquier atención médica, tratamientos esterilizadores o intervenciones definitivas que pongan fin a la capacidad reproductiva del paciente. No obstante, existen circunstancias en que pueden llegar a ser menores de edad los que funjan como sujetos pasivos de este tipo de atención médica, como podría suceder en aquellos supuestos en donde lo que se busca es la esterilización de personas con incapacidad mental.

En estos supuestos el deber de información se predica desde la faceta del consentimiento informado, en la cual el profesional de la salud se encuentra obligado a suministrar exclusivamente al paciente toda la información pertinente y relacionada con la intervención esterilizadora o anticonceptiva. Lo importante en estos casos es hacer partícipe al paciente –plenamente capaz de tomar decisiones lo suficientemente responsables- de la situación ante la que se encuentra, de comunicarle de manera adecuada las condiciones generales y específicas del tratamiento o la intervención que se pretende llevar a cabo. Así, el profesional de la salud debe informar sobre la imposibilidad de asegurar el resultado deseado, pues ningún mecanismo anticonceptivo o esterilizador resulta 100% seguro, informar al paciente respecto de las distintas alternativas existentes para llevar a cabo el procedimiento esterilizador que se pretenda realizar, y suministrar todas aquellas recomendaciones que se estimen idóneas para hacer aún más probable la obtención de un resultado exitoso.

En lo que respecta a las reclamaciones propias de las acciones “wrongful birth” y “wrongful life”, tal como se ha venido señalando, el deber de información en estos casos se refleja desde su segunda faceta, la cual hace referencia al respeto por la dignidad humana no solo desde su perspectiva de protección a la autodeterminación personal, sino desde la perspectiva de la protección de los intereses personales del paciente. Es indudable que ocultar información que puede estimarse relevante no ya para la realización de intervenciones médico-quirúrgicas pero sí para la concreción de otros derechos en cabeza de los padres, *-como podría suceder con la determinación de acceder a un procedimiento de esterilización ante la posibilidad latente de transmitir a su futura descendencia las alteraciones genéticas que le han sido diagnosticadas, o con la decisión de hacer efectivo el derecho a interrumpir voluntariamente el embarazo ante la posibilidad manifiesta de que el feto padezca malformaciones congénitas-* afecta de manera importante la capacidad de los seres humanos de tomar decisiones plenamente

²⁹⁸ STS, Sala Tercera, de 9 de octubre de 2012, 6519.

conscientes que solo le incumben a él, pues nos encontramos hablando de esa esfera íntima en la que no puede existir ningún tipo de intromisión por parte de terceros.

Situándonos en el marco propio de los procedimientos de diagnósticos preconceptivos, la titularidad y ejercicio de este derecho a ser informado recae en cabeza de los futuros padres o de alguno de ellos, dependiendo de que estos hayan acudido de manera conjunta o no a consulta en su condición de pacientes. Pese a ello, en aquellos eventos en donde solo un miembro de la pareja funge como paciente en la consulta médica, es posible que profesional de la salud pueda revelar información tanto a la pareja de aquel como a cualquier tercero, siempre que el paciente lo autorice bien sea expresa o tácitamente.

En los supuestos de diagnósticos prenatales se sigue la misma regla, por lo que tanto el derecho a ser informado como su ejercicio recae, en principio, en cabeza de la gestante que es quien funge como paciente en el marco de toda atención médica prenatal. Lo anterior, sin perjuicio de las autorizaciones expresas o tácitas que voluntariamente efectúe el paciente con miras a relevar al responsable en la prestación del servicio del deber de secreto profesional. Es de destacar que los padres en general en este tipo de supuestos suelen ser los destinatarios de la información que en virtud de la respectiva prestación médico-asistencial se deba suministrar, de suerte que se suelen evidenciar autorizaciones tácitas e incluso expresas por parte de la gestante que sirven para revelar información al padre a este respecto. En estos casos, me gustaría resaltar que no es necesario que estos diagnósticos sean solicitados por parte de los padres para que surja la obligación de información en cabeza tanto del profesional de la salud como del correspondiente centro asistencial, basta con que estos participen en la prestación médico-asistencial que se le brinde a la mujer durante su proceso de embarazo para que pueda endilgarse responsabilidad en atención a la omisión de información, bien sea porque no informó sobre la existencia de la prueba, bien porque se interpretaron de manera errónea los resultados arrojados por la prueba diagnóstica, bien por la demora injustificada en la emisión definitiva del diagnóstico promovido.

Finalmente, en el marco de los diagnósticos preimplantatorios la titularidad y ejercicio del derecho a ser informado recae bien en la pareja bien en la mujer propiamente dicha. Lo anterior, dependiendo de quienes acuden al profesional de la salud con la finalidad concreta de que se les practiquen los procedimientos propios de las técnicas de reproducción humana asistida.

3.3.1.1.2 Las personas que se encuentran en minoría de edad o en estado de discapacidad mental.

La minoría de edad y el óptimo estado de salud mental han constituido desde siempre indicadores para la determinación de la capacidad de tomar decisiones responsables y totalmente conscientes en todos los ámbitos del tráfico jurídico. De hecho, el primero de ellos ha constituido el indicador primordial que por lo general ha utilizado el legislador para presumir la inexistencia de las aptitudes suficientes para la adopción autónoma de decisiones responsables en defensa de los intereses propios de las personas.

En lo que respecta a la situación de los discapacitados mentales en el ámbito médico, es de destacar que las personas con este tipo de limitaciones no se encuentran, en principio, en las condiciones requeridas para la emisión de juicios y decisiones

responsables en lo referente a su estado de salud, por lo que no existe ninguna clase de conciencia o lucidez en las actividades que realizan. Es decir, la ausencia de las capacidades requeridas hace imposible cualquier posibilidad de autodeterminación en el paciente, ya que no es capaz de efectuar valoraciones concretas respecto de la situación que le rodea y en lo referente a las distintas alternativas por las que podría optar. Así las cosas, resultaría absurdo permitir el suministro de información a este tipo de sujetos, así como que se tenga en cuenta por parte del profesional médico el consentimiento o la voluntad de los mismos, en tanto que ello constituiría un abandono por parte no solo del Estado sino también de otros estamentos como la familia y la sociedad hacia estos sujetos de especial protección, haciendo aún más gravosa su situación, lo cual vulneraría cualquier fundamento constitucional en que se edifica un Estado social de derecho. La protección de los demás derechos del paciente, y la exigencia de un tratamiento justo y digno respecto del mismo exigen la presencia de un tutor o curador que funja como el depositante de ese deber de información, pues debe garantizarse el amparo de otros bienes jurídicamente fundamentales que se encuentran en inminente peligro, y que el paciente debido a sus limitaciones personales no está en condiciones de atender²⁹⁹.

En el ámbito médico-hospitalario la cuestión no se traduce en términos idénticos cuando surge la necesidad de hablar de los menores de edad. En estos eventos, no podría asegurarse en estricto sentido la incapacidad para asumir decisiones lo suficientemente responsables que se relacionen directamente con la salud. De hecho, en no pocas ocasiones se tienen en cuenta las consideraciones de los menores en el proceso de toma de decisiones previo a cualquier procedimiento médico-quirúrgico³⁰⁰. Es cierto que durante la minoría de edad se atraviesan distintas etapas en las cuales se puede evidenciar cierta distinción en la capacidad cognitiva adquirida a lo largo de ellas, lo que ha obligado a considerar la idea de una mayoría de edad médica o “mayoría de edad sanitaria” como se le ha conocido en España³⁰¹. La determinación de esta mayoría de edad especial lleva consigo la idea de que este menor adulto goza de las capacidades cognitivas idóneas para comprender la situación ante la que se encuentra y valorar los efectos que podrían acaecer como consecuencia de decisiones irresponsables. De hecho, han surgido corrientes argumentativas interesantes que van mucho más allá y defienden con mayor ahínco la autonomía del menor. El basamento de esta línea interpretativa se funda en la idea de que el derecho a tomar decisiones que afectan su propia salud o que autorizan la intervención en su propio cuerpo son auténticos derechos personalísimos³⁰², son derechos que el ser humano ostenta desde el primer momento en que asume

²⁹⁹ Ello no quiere decir que todo enfermo mental sea siempre un incapaz; aquellos supuestos en donde por determinados lapsos el paciente conserva la lucidez y conciencia necesaria para autodeterminar su propia conducta no deben ser pasados por alto, y por consiguiente, debe respetarse el reducto de autonomía que pueda ostentar el paciente en este sentido.

³⁰⁰ Sobre esta cuestión. Véase. MALANDA ROMEO, Sergio, “El valor jurídico del consentimiento prestado por los menores de edad en el ámbito sanitario II”, *La Ley*, núm. 5186, 2000, p. 3. Ello, muy a pesar de la regulación del artículo 14 de la ley 23 de 1981 (Código colombiano de ética médica) que parece no tener en cuenta la opinión del menor cuando deban practicarse en estas intervenciones quirúrgicas, en tanto se exige, en condiciones normales, la autorización de un representante legal para proceder a la misma. Es evidente que no es esta la interpretación que se le deba imprimir a este artículo, pues es necesario articular el mismo a la jurisprudencia que sobre el particular ha venido efectuando la Corte Constitucional.

³⁰¹ Véase. DE LORA DEL TORO, Pablo, “Autonomía personal, intervención médica y sujetos incapaces”, *Enrahonar: Quaderns de filosofia*. No. 40-41, 2008, p. 134.

³⁰² DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo, “Problemas actuales de derecho médico comparado. El consentimiento de los cónyuges en el acto médico”, *libro homenaje al profesor Luis Martín Ballester*, Zaragoza, 1983, p. 14.

conciencia de ello debiendo ser respetados desde entonces. Ello evidencia la negativa a permitir la adopción de decisiones por parte de terceros en favor del menor que no ha otorgado su voluntad a este respecto, pues se entiende que se está atentando en contra del contenido esencial de su derecho a ser autónomo. Se trata de que no se prescinda de ese mínimo de autonomía que debe resultar exento de intromisiones.

En suma, pretender fijar una edad estándar muy elevada que sirva como indicador de la capacidad cognitiva del paciente, es decir, de la capacidad de conciencia que se estima necesaria para emitir juicios y decisiones que influyan de manera directa en la salud y vida del menor, podría llevarnos en no pocos casos a un cierto grado de indiferencia en cuanto al respeto de algunos derechos personalísimos que siguen estando en cabeza de este aun cuando no se haya alcanzado la edad en cuestión. Esto podría conllevar a prescindir de las opiniones y consideraciones que pudieran llegar a tener los menores que se encuentren en una edad inferior a dicho estándar establecido, pues se estima que no ostentan la capacidad cognitiva suficiente para valorar una decisión responsable sobre su salud. Adicionalmente a lo anterior, se suma la dificultad de determinar con exactitud la edad que resulte adecuada para acreditar la existencia de dicha capacidad de conciencia sin que ello suponga la no protección de los derechos personalísimos del menor³⁰³. Recordemos que este principio constitucional de la dignidad humana no solo se predica de aquellas personas que se presumen plenamente capaces para la adopción de decisiones conscientes y responsables, sino que también se predica de los menores de edad que aun cuando no cuenten con una plena capacidad cognitiva para valorar o dimensionar autónomamente los efectos de las decisiones que pudieran llegar a tomar, ostentan una esfera íntima, un derecho a autodeterminar su conducta y a desarrollar su personalidad conforme a sus propias experiencias. Prescindir de este reducto de autonomía y de su derecho a autodeterminarse incluso en aspectos propios de esa esfera interna del menor podría llegar a lesionar este principio constitucional de la dignidad humana.

La titularidad por parte de los menores de edad de este derecho a ser informados en los términos señalados en el epígrafe anterior debe garantizarse por parte del profesional de la salud de conformidad con la capacidad mental, analítica y cognitiva del menor. Aquel valorará si este se encuentra en condiciones para ser depositario de la información que brindará las herramientas necesarias para conocer en la justa medida su concreto estado de salud y por tanto tomar las decisiones que más se adecuen a sus intereses³⁰⁴, sin perjuicio del respeto a aquellas normas que fijan la mayoría de edad como la edad mínima para otorgar el consentimiento frente a tratamientos o intervenciones quirúrgicas específicas³⁰⁵; o, si por el contrario, por razones normativas

³⁰³ Haciendo referencia a que una de las maneras de resolver esta cuestión es justamente no brindando una solución precisa y general. Ibid. p. 135.

³⁰⁴ Destacando la validez del consentimiento del paciente cuando este cuente con la capacidad de comprensión y juicio suficientes sobre el acto médico en cuestión, sin tener en cuenta la edad del mismo. Ver. EMALDI CIRIÓN, Aitziber, op.cit. p.177.

³⁰⁵ En nuestro ordenamiento jurídico es posible citar a título de ejemplo algunas normas que fijan el requisito de la mayoría de edad como el más idóneo para que los pacientes otorguen frente a determinados tratamientos o intervenciones libremente su consentimiento. En este sentido, se promulgan los artículos 14 y 18, literal g, de la ley 23 de 1981 y Decreto 1546 de 1998 respectivamente, así como el artículo séptimo de la ley 1412 de 2010. Por su parte, en el ordenamiento jurídico español, es de destacar el numeral 4 del artículo 9 de la ley 41 de 2002, modificado por la ley 26 de 2015. De igual manera, el numeral 5 del artículo 9 de la Ley 41 de 2002, modificado por la ley orgánica 11 de 2015, prohíbe que los menores de edad, incluso aquellos de 16 y 17 años de edad, puedan ejercer el derecho a abortar sin el consentimiento de sus padres o representantes legales.

surge la necesidad de obtener en todos los casos un consentimiento sustituto de los padres o familiares que sean allegados al menor, caso en el cual podríamos señalar que aquellos serán destinatarios de la información que se deba suministrar. No obstante lo anterior, es de destacar que aun en los supuestos en los que se exige el consentimiento de los padres o representantes legales, puede subsistir el derecho del menor a ser informado, dependiendo de si la normatividad respectiva así lo indica.

Atendiendo a lo anterior, consideramos que para determinar la capacidad cognitiva del menor en lo referente a las aptitudes que este pueda ostentar para la adopción de decisiones responsables y lo suficientemente conscientes resulta más conveniente fundamentarse en las circunstancias concurrentes del caso en concreto³⁰⁶, establecer una ponderación de dichas circunstancias que permitan valorar en qué medida se afectaría la autonomía del menor, y si la finalidad que se busca obtener con la restricción a dicha autonomía puede estimarse como proporcional. No obstante, consideramos que sí es posible hablar de una muy temprana edad en la que presuntivamente se puede considerar que el menor no resulta idóneo para participar en el proceso de toma de decisiones relativas al proceso médico-asistencial que directamente le afecta. A estos supuestos hace referencia la teoría esbozada por la Corte Constitucional que se denomina como “el consentimiento orientado hacia el futuro”, en donde la determinación que adopta el padre frente al estado de salud del menor no viola la autonomía de este, “por cuanto se supone que en el futuro, al llegar a la edad adulta, el hijo reconocerá la bondad de la intervención paternal”³⁰⁷. Entendemos que aquellos niños menores de 12 años podrían llegar a clasificarse dentro de esta categoría, sin perjuicio de que surjan circunstancias concretas que hagan estimable vincular la opinión de este en el proceso de toma de decisiones que podrían afectar su salud.

Atendiendo a lo que nos interesa concretamente, es importante hacer unas precisiones iniciales referentes al papel que juegan los menores de edad y las personas con reserva mental en el marco de los procesos de esterilización.

Existe una férrea protección de los derechos tanto de los menores de edad como de los enfermos mentales en lo que se refiere a la práctica de procedimientos esterilizadores. El tratamiento desplegado por parte de la mayoría de las legislaciones en lo concerniente a esta clase de supuestos se traduce en prohibir o admitir a título estrictamente excepcional este tipo de prácticas esterilizadoras cuando el sujeto pasivo lo constituya un menor de edad o un enfermo mental; no otorgándole validez al consentimiento emitido por este ni al consentimiento sustituto obtenido de los padres o allegados. De hecho, en nuestro ordenamiento jurídico la Ley 1412 de 2010, en su artículo séptimo, prohíbe en cualquier caso la realización a menores de edad de intervenciones médico-quirúrgicas que busquen eliminar la capacidad reproductiva del

³⁰⁶ CEBRÍA GARCÍA, María, *Objeciones de conciencia a intervenciones médicas. Doctrina y jurisprudencia*, Aranzadi, 1ª edición, 2005, p. 48.

³⁰⁷ Corte Constitucional, Sentencia T- 560A/2007, de 27 de julio de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil. Señalando que el actuar de los padres o representantes en este sentido debe orientarse necesariamente en beneficio de los mejores intereses para el menor, aun por encima de los valores o creencias de aquellos. Ver. CESANO, José, “Los delitos de homicidio y lesiones imprudentes por mala praxis médica”, *Tratado de Responsabilidad médica. Responsabilidad civil, penal y hospitalaria*. Legis-Ubijus, 1ª edición, Bogotá, 2007, p. 759; SAVULESCU, Julián, “Autonomía, vida buena y elecciones controvertidas”, *Autonomía personal y decisiones médicas. Cuestiones éticas y jurídicas*. Civitas, Navarra, 2010, p. 56. En el mismo sentido. Ver. SHEPHERD, Lois, “Dignity and Autonomy after Washington V. Glucksberg: an Essay About Abortion, Death and Crime”, *Cornell Journal of Law and Public Policy*, 7, 1998, pp. 431 y ss.

paciente, refiriéndose específicamente a la realización de vasectomías o ligadura de trompas. Admite a título excepcional la realización de este tipo de procedimientos en menores cuando se trate de discapacitados mentales, previo cumplimiento de los requisitos que la ley fija para el efecto, es decir, el otorgamiento del consentimiento del representante legal y la expedición de autorización judicial que avale dicho procedimiento quirúrgico³⁰⁸. En España la situación no dista mucho de lo anterior, en tanto que el artículo 156 del Código Penal, tipifica a título de delito las conductas que tengan como objeto los procedimientos esterilizadores que se efectúen a los menores de edad o a las personas incapaces sin el cumplimiento de los requisitos para llevarla a cabo.

Haciendo alusión a los discapacitados mentales que deban ser sometidos a estos tipos de cirugías esterilizadoras previo cumplimiento de los requisitos exigidos por la normatividad jurídica aplicable, es importante manifestar que es precisamente el representante legal quien funge como depositario de aquel deber de información, lo que indica que en estos supuestos el profesional de la salud debe brindar toda la información que estime conveniente y que se relacione directamente con el procedimiento a realizar para que sean estos representantes quienes decidan de manera informada si estiman conveniente someter al discapacitado a esta cirugía –consentimiento sustituto-. La omisión de información relevante al representante legal, por ejemplo, la falta de recomendaciones relativas a asegurar el éxito de la intervención quirúrgica, podría perfectamente conllevar a la vinculación de responsabilidad civil o patrimonial en el marco de las reclamaciones “wrongful conception”.

En lo que respecta a los mecanismos anticonceptivos que buscan evitar la concepción o fecundación del cigoto, mas no eliminar la capacidad reproductiva del paciente, la normatividad jurídica no plantea mayores inconvenientes en cuanto a su utilización, por el contrario, la mayoría de las legislaciones, entre estas la nuestra, busca promover el acceso de los menores de edad a los distintos mecanismos anticonceptivos para evitar la existencia de embarazos no deseados y la proliferación de abortos clandestinos que siguen estando a la orden del día. En virtud de lo anterior, es común encontrar menores de edad que se someten a estos mecanismos de planificación familiar, quienes en el marco de cualquier atención médica inician tratamientos farmacológicos o parenterales que tengan como finalidad evitar embarazos no deseados, o que se sometan a cualquier otro tipo de intervención que tenga por finalidad evitar la concepción o fecundación del cigoto.

En estos supuestos también podría vincularse la responsabilidad civil o patrimonial de quien corresponda como consecuencia del uso indebido de los medicamentos anticonceptivos a causa de la falta de información al respecto o de su información errónea. De igual manera, puede imputarse responsabilidad resarcitoria por la falta o errónea información no ya en cuanto al uso de los medicamentos o instrumentos anticonceptivos, sino por la falta de información respecto de aquellos riesgos de fracaso en el ámbito propio de las intervenciones médicas que tienen por finalidad la implantación de instrumentos anticonceptivos. Valga como ejemplo, aquellos casos en los que se implanta correctamente un dispositivo intrauterino – DIU sin informar adecuadamente sobre los riesgos de fracaso de dicho procedimiento, dándose como resultado final un embarazo que resulta totalmente incomprensible según la representación de la realidad que ostentaba la paciente. Es innegable que en esta clase

³⁰⁸ Esta ley viene a incorporar en la normativa legal lo que venía considerando a este respecto la Corte Constitucional. Véase. GÓMEZ CÓRDOBA, Ana, op.cit. p. 205.

de supuestos la violación a ese derecho a ser informado resulta patente violando su capacidad de autodeterminación, pues la decisión que finalmente se tomó no contaba con aquella información que era exigible según las reglas propias de la “lex artis ad hoc”.

De otro lado, en lo que concierne al deber de información médico-asistencial no ya desde la faceta relativa al consentimiento informado sino a aquella referida a la información ilustrativa o humanitaria es preciso efectuar algunas consideraciones de rigor. Los derechos sexuales y reproductivos evidencian una vinculación estrecha con aquella esfera íntima e intocable del ser humano, de suerte que aquella interferencia más o menos desproporcionada en la facultad de autodeterminación sexual y reproductiva incluso tratándose de menores de edad podría constituir con total probabilidad una afrenta en contra de ese reducto de autonomía inviolable, de la dignidad y del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Podríamos decir que casi la mera intromisión en el ejercicio libre de estos derechos –sexuales y reproductivos- atenta de manera directa contra la dignidad humana del paciente, con su derecho a la autodeterminación reproductiva, con el desarrollo libre de su personalidad. Condicionar el suministro de información relativa al uso de medicamentos anticonceptivos al hecho de que los padres se encuentren presentes o en total acuerdo, podría lesionar los derechos anteriormente mencionados. Así mismo, obligar al menor al sometimiento de cualquier tratamiento farmacológico o parenteral que tenga por finalidad evitar un eventual proceso de embarazo cuando este no ha suministrado su consentimiento al respecto o no se encuentra de acuerdo con la realización de dicho tratamiento, menoscaba irrazonablemente el referido derecho a la autodeterminación reproductiva que a partir de la sentencia C-355/2006, la Corte Constitucional se ha encargado de promover y proteger a la luz de los postulados básicos de la Constitución Política. Así las cosas, es claro que la falta u ocultamiento de información necesaria para el cabal ejercicio de otros derechos personalísimos, incluso si se tratase de menores de edad, vulnera inexorablemente no solo el contenido esencial de los derechos sexuales y reproductivos del menor, sino también el derecho a la dignidad humana que tal como se ha dicho constituye el pilar o fundamento a partir del cual se edifican aquellos. Creemos que resulta adecuado efectuar ciertas limitaciones a estos derechos en la medida en que las mismas resulten proporcionales y necesarias para la protección integral del menor; sin embargo, entendemos que en estos supuestos la omisión de información a menores de edad constituye un actuar que restringe de manera desproporcionada e irrazonable los referenciados derechos, en tanto que tal restricción abarca incluso aquella esfera intocable de todo ser humano, siendo imposible desplegar un tratamiento digno al menor a partir de la validación de tales comportamientos. Cuestión que no resultaría similar si nos encontráramos hablando de menores que dada su muy temprana edad no han efectuado si quiera un reconocimiento respecto de sus derechos reproductivos³⁰⁹. En estos eventos, quizá sí podría hablarse de una limitación que por su proporcionalidad y razonabilidad no vulnera aquel contenido esencial de los derechos del menor.

Circunscribiéndonos un poco más en los supuestos característicos de las reclamaciones “wrongful birth” y “wrongful life”, queremos referirnos en primer lugar a las circunstancias en donde un enfermo mental pudiera tener participación en el marco

³⁰⁹ Si bien es difícil hablar de un momento en específico en el que tal reconocimiento puede empezar a evidenciarse, hemos querido fijar los 12 años de edad como el momento a partir del cual los seres humanos van adquiriendo una conciencia real de tales derechos.

de al menos alguno de los supuestos de estos tipos específicos de reclamaciones de responsabilidad. Es posible que la persona con discapacidad mental resulte embarazada, de hecho, no han sido pocos los casos en que este tipo de sucesos se han manifestado, creando las condiciones necesarias para adentrarnos en el marco propio de los diagnósticos prenatales. En este sentido, es totalmente posible que esta persona con discapacidad mental sea sometida a pruebas diagnósticas de orden prenatal en razón a que estas resultan indicadas por la presentación de distintos factores de riesgo durante su proceso de embarazo, pues bien, en estos casos resulta evidente que quien ejercita este derecho a ser informado respecto del estado de salud del feto –información humanitaria– no es la mujer enferma sino su representante legal o tutor, en tanto que aquella carece de las facultades cognitivas necesarias para comprender la situación que le rodea.

En segundo lugar, en lo que hace referencia a los menores de edad, es necesario manifestar que la titularidad y el ejercicio del derecho a ser informados en el marco de estas reclamaciones de responsabilidad puede recaer en cabeza de estos en atención a las razones expuestas anteriormente. El derecho a la autodeterminación reproductiva o a la simple autodeterminación como una derivación del derecho a la dignidad humana tal como lo ha venido enunciando el Tribunal Supremo en el ordenamiento jurídico español, lleva implícito un derecho a la información reproductiva, un derecho a contar con los elementos y herramientas suficientes para tomar una decisión responsable y consciente en torno a su actuar reproductivo, en torno a su libertad de procreación y en torno al libre ejercicio de la facultad de conformar una familia. Este tipo de libertades y de autonomías tan estrechamente vinculadas a aquella esfera íntima de la persona casi que no permiten intromisiones externas o de terceros, pues las mismas pueden llegar a afectar fácilmente el derecho a la dignidad humana. Ello no quiere decir, que no pueda hacerse uso de la potestad que tienen todos los padres de educar y de reprender a sus hijos conforme como lo estimen más conveniente, pues esto hace parte de los deberes propios de la paternidad; pero en ningún caso, dicha paternidad puede menoscabar, violentar o reducir a cero ese reducto de autonomía que tienen todas las personas, incluso los menores de edad, que hace posible desarrollar una personalidad propia y que constituye la máxima expresión de la dignidad del ser humano³¹⁰.

La emisión de diagnósticos preconceptivos o prenatales, que en términos generales son aquellos procedimientos médicos que constituyen los supuestos por excelencia de estas reclamaciones de responsabilidad, ostentan una incalculable importancia para el derecho a la autodeterminación reproductiva. La toma de decisiones en cuanto a la procreación basada en realidades inexistentes o ficticias constituyen el ejercicio de declaraciones de voluntad viciadas e inconscientes que violan la autonomía del ser humano. Se crean realidades paralelas en las que se fundamenta una decisión concreta que bien pudo haber sido sustancialmente distinta de no haber existido dicha alteración perceptiva. Estos diagnósticos brindan una serie de informaciones que inciden de manera determinante en el sentido que toma el ejercicio de otros derechos personalísimos, por lo que la ausencia de información o su falta de veracidad crean la existencia de un falso negativo que no resulta para nada intrascendente en la vida del paciente. El pleno ejercicio de los derechos reproductivos muchas veces depende de la información arrojada por parte de estos diagnósticos específicos, de suerte que la información errónea que se transmita a causa de cualquier conducta médica negligente

³¹⁰ Haciendo un análisis muy interesante respecto a la denominada esfera íntima de la persona como núcleo duro de protección. Ver. LORENZETTI, Ricardo, *Responsabilidad civil de los médicos*” Rubinzal-Culzoni, Tomo I, Buenos aires, 1997, pp. 61 y ss.

viola la toma de una decisión libre e informada. Se atenta en contra de la autonomía y autodeterminación que debe ostentar todo paciente no solo ante la posibilidad de someterse a cualquier intervención médico-quirúrgica sino también para decidir en qué términos dirigirá sus actuaciones.

Así las cosas, negarle la posibilidad de acceder a las pruebas diagnósticas prenatales que se estimen indicadas a una menor de edad que se encuentra en estado de embarazo condicionando su práctica solo ante la aquiescencia de un representante legal, impondría una carga desproporcionada en contra de los derechos personalísimos del menor, en este caso de los derechos a su autodeterminación reproductiva³¹¹. De igual manera, en el marco de estos diagnósticos prenatales, ocultar la información arrojada por parte de la respectiva prueba diagnóstica, y suministrársela únicamente a sus representantes legales bajo el argumento de que la paciente no ostenta la capacidad de juicio necesaria para tomar decisiones responsables y conscientes en cuanto a su facultad de procreación, constituye una clara afrenta en contra de los derechos sexuales y reproductivos de los seres humanos afectando de manera directa la dignidad del mismo. Entendemos que en estos supuestos tanto el derecho a ser informado como su ejercicio debe recaer directamente en la paciente menor de edad, pues la negativa a suministrarle información que resulta sumamente relevante para el ejercicio de sus derechos personalísimos constituye una intromisión exacerbada que vulnera aquella esfera íntima e intocable de la menor. Es de destacar que esta situación resultaría aplicable aun en aquellos eventos en donde se exija que para efectuar una eventual interrupción del embarazo se requiere el consentimiento de los representantes legales del menor, tal cual como ocurre en la actualidad en el ordenamiento jurídico español, con la entrada en vigencia de la Ley orgánica 11 de 2015, que modifica tanto la Ley orgánica 02 de 2010, como la Ley 41 de 2002, en tanto que si bien para llevar a cabo este tipo de intervenciones se necesita la autorización de dichos representantes, no es menos cierto que dicha información sigue siendo vital para el menor afectado, máxime cuando en dicha normatividad, como sucede en el caso español, se exige también la autorización del menor. Es decir, no basta con el solo consentimiento del padre o representante legal, sino que debe existir también la aquiescencia del menor.

No obstante lo anterior, y al margen de cada una de las distintas circunstancias que se puedan presentar, consideramos que resulta recomendable que este tipo de informaciones se suministren en compañía de los padres quienes pueden ayudar a aconsejar y a orientar el paso a seguir por parte de la menor de edad, quien en últimas puede o no ser libre de decidir la conducta que finalmente procederá a realizar, naturalmente dependiendo de la regulación normativa correspondiente, bien se trate de interrumpir voluntariamente el proceso de embarazo-*IVE*- si las condiciones para ejercer dicha facultad se llevan a cabo, bien de continuar con el proceso de embarazo aun a pesar de la información que evidencia la existencia de malformaciones graves en el feto. En estos temas la legislación tiene mucho que decir a este respecto, principalmente en lo que hace referencia al ejercicio de este derecho personal a abortar por parte de los menores de edad, no obstante en nuestro ordenamiento jurídico no existe ninguna barrera legal que les imposibilite a estos el ejercicio del derecho fundamental a la IVE en las

³¹¹ Véanse las consideraciones efectuadas a este respecto por la Corte Constitucional, en la que integra dentro del derecho fundamental a la IVE, el derecho a que le sea suministrado al paciente un diagnóstico médico. Corte Constitucional, Sentencia T-585/2010, de 22 de julio de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; Corte Constitucional, Sentencia T-841/2011, de 03 de noviembre de 2011, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

circunstancias expresamente autorizadas, de hecho, la Corte Constitucional apoyando todo lo que aquí se ha venido manifestando, ha defendido el ejercicio autónomo de este derecho incluso en niñas de 13 años de edad que se encuentran en estado de embarazo y que están incurso en alguna de las causales en que se autoriza su ejercicio.

3.3.1.2 Criterio temporal

Este presupuesto temporal del deber de información que hemos decidido analizar en el presente epígrafe reviste cierta importancia en el ámbito de las reclamaciones de responsabilidad que estamos estudiando, en tanto que no solo se debe suministrar la información que se estime relevante en los términos que anteriormente hemos venido exponiendo, sino que también es necesario velar para que el cumplimiento de este deber resulte lo más oportuno posible.

Como bien es sabido, en lo tocante a la primera faceta de este deber de información encontramos los casos propios de las acciones “wrongful conception”, en donde tal como hemos venido manifestando, la figura del consentimiento informado adquiere gran preponderancia. Es evidente que el consentimiento del paciente debe obtenerse por parte del profesional médico antes de proceder bien a la realización de las intervenciones médico-quirúrgicas que tengan como finalidad la extinción de la capacidad reproductiva bien a la realización de tratamientos o intervenciones médicas que busquen la anticoncepción.

El cumplimiento del deber médico-asistencial de información debe cumplirse, en principio, en cualquier momento siempre que sea anterior a la realización de la intervención específica³¹²; de exceder este límite temporal, cualquier información posterior además de ser inoportuna e ineficiente no haría desaparecer el actuar negligente. No obstante, consideramos que hay supuestos en los que cabría hablar de informaciones posteriores a la realización de este tipo de intervenciones, y que aun cuando puedan ser catalogadas como conductas negligentes no generan la creación de un falso negativo en los padres. Piénsese en los casos en que no se informa de manera previa sobre los riesgos de fracaso de la operación esterilizadora, pero estos son informados meses después de la misma y sin que se haya evidenciado aún la existencia de un proceso de embarazo, acreditándose tal hecho en la historia clínica del paciente. En estos supuestos, es patente la existencia de un actuar médico negligente, sin embargo, muy difícilmente podríamos asegurar que la referida información resultó inoportuna o ineficiente, en tanto que gracias a la misma no se estructuró un falso negativo en los padres.

Analizando este presupuesto temporal del deber de información desde su segunda faceta, la cuestión puede variar dependiendo del supuesto específico en que nos encontremos. Dicho de otra manera, las circunstancias concurrentes al caso en específico pueden determinar la calificación como negligente de la conducta médico-asistencial.

³¹² EMALDI CIRIÓN, Aitziber, op.cit. p. 191. De hecho, hay quien sugiere que medie cierto lapso entre el momento en el que se otorga el consentimiento y el momento en el que el paciente es informado. Lo anterior, en aras de asegurar la absoluta comprensión por parte de este respecto de la intervención o tratamiento de que se trate. VER. GUERRERO ZAPLANA, José, *El consentimiento informado. Su valoración en la jurisprudencia. Ley básica 41/2002 y leyes autonómicas*, Lex Nova S.A, Valladolid, 2004, p. 96.

En el marco de los supuestos propios de los diagnósticos preconceptivos, prenatales y preimplantatorios se exige un comportamiento diligente y práctico, de manera tal que los distintos trámites o procesos que resultan necesarios para la emisión de los mismos no constituyan demoras injustificadas que afecten un conocimiento oportuno de este tipo de informaciones, máxime si tenemos en cuenta que existen en variados casos límites temporales que harían totalmente inoportuna dicha información, como puede resultar de la información que ha sido suministrada después de que ha transcurrido el plazo para interrumpir voluntariamente el embarazo.

La “lex artis” no exige un término temporal preciso en el que se deba emitir el diagnóstico preconceptivo, prenatal o preimplantatorio, aun cuando en lo que respecta a este último supuesto se estima que debe ser lo suficientemente pronto toda vez que el periodo del embrión *in vitro* por lo general resulta bastante reducido, pues desde su fecundación hasta su transferencia al útero o criopreservación no transcurren muchos días. Por tanto, surge la necesidad de acudir a las reglas propias del criterio del “buen médico” que hemos venido utilizando a efectos de determinar según las circunstancias propias de cada caso si la demora en cuanto al suministro de información ha sido constitutiva de una práctica médica negligente o, por el contrario, si la misma se encuentra dentro de los estándares permitidos por la ciencia médica. De cualquier manera, es importante hacer la aclaración consistente en que el suministro de información oportuna no necesariamente implica el desempeño de una conducta o práctica médica diligente, por cuanto la oportunidad hace referencia a la importancia y funcionalidad que ha tenido la información para la toma de decisiones con base en ella, y la diligencia se refiere al cumplimiento de aquellas reglas u oficios propios de la ciencia y la técnica médica. Dicho de otra manera, es perfectamente posible que la conducta del profesional de la salud al emitir el diagnóstico preconceptivo o prenatal haya sido totalmente negligente, pues la demora en la emisión de los resultados arrojados por parte de las pruebas practicadas ha resultado injustificada, sin embargo, la misma ha resultado oportuna en razón a que no se ha presentado la fecundación o concepción del *nasciturus*, o no ha finalizado el término legal que autoriza el ejercicio de la interrupción voluntaria del embarazo.

Es probable que en estos supuestos la conducta médico-asistencial no haya tenido ningún tipo de consecuencias jurídicas desde el punto de vista del Derecho de daños, pues como hemos mencionado la misma ha resultado oportuna evitando la estructuración de un falso negativo, característica fundamental en el marco de las reclamaciones “wrongful birth” y “wrongful life”. Sin embargo, esta tesitura no obsta para calificar dicha conducta como negligente, pues se han incumplido las normas o reglas de oficio del arte médico en cuanto al procedimiento de emisión de estos diagnósticos, siendo perfectamente viable vincular la responsabilidad ética o disciplinaria del profesional de la salud, así como la imposición de sanciones o multas tanto a los centros asistenciales como a las EPS que hayan intervenido en la prestación del servicio.

3.3.1.3 Forma

Es cierto que resulta recomendable que la información suministrada por parte del médico cuente con soportes de documentación escrita, sin embargo, este tipo de soportes documentales no debe dejar de estar acompañado de las indicaciones e informaciones verbales del profesional médico. Estas deben ser efectuadas de conformidad con las características sociales, profesionales e intelectuales del paciente, ya que como hemos

venido manifestando de lo que se trata en este tipo de cuestiones es de que el paciente se encuentre plenamente consciente de la situación que le rodea y de las distintas alternativas de las que dispone a efectos de tomar una decisión que estime como la más conveniente. En este sentido, el profesional médico debe incidir de manera más detallada en las explicaciones suministradas evitando al máximo el empleo de tecnicismos y de un vocabulario científico que pueda generar confusiones innecesarias en el paciente. Por el contrario, muy diferente sería el caso en que el paciente ostentará conocimientos médicos, o que se hubiese practicado este tipo de operaciones anteriormente, en estos casos el profesional médico debe informar lo que corresponda, aunque es obvio que este deber de información se verá matizado con relación al anterior supuesto.

Resulta evidente que un correcto cumplimiento del deber de informar a los pacientes en el ámbito de cualquier prestación médico-hospitalaria no puede prescindir de la información verbal y escrita, ello es así, puesto que estos mecanismos resultan complementarios en la finalidad que buscan. Es claro que una información verbal acompañada de soportes documentales que acrediten de manera más detallada dichos señalamientos garantiza en mayor medida el acceso por parte del paciente a un mejor conocimiento respecto a su estado de salud o de la situación concreta que le rodea que si tal información solo hubiese sido suministrada de manera verbal o escrita.

En este aspecto es importante hacer una precisión significativa, me refiero concretamente al carácter que ostenta tanto la forma escrita como verbal en cuanto al cumplimiento del deber de información al paciente. La forma escrita no constituye una formalidad “ad substantiam” o “ad sollemnitem”, sino “ad probationem”³¹³, es decir, no podríamos calificar la inexistencia del cumplimiento del deber de informar por el mero hecho de no existir documentación escrita que dé crédito a dicho deber de actuación. Es posible acreditar tal hecho a partir de cualquier medio de prueba disponible que brinde los elementos de juicio necesarios para estimar con un alto grado de probabilidad que la información fue efectivamente suministrada al paciente y plenamente comprendida por este³¹⁴. Es necesario entender a título general que la forma escrita ostenta una doble funcionalidad: la relativa a su carácter informador, es decir se trata de un instrumento a través del cual se ilustra al paciente, y la relativa a que funciona como un medio de prueba, en tanto que a través de este documento al tiempo que se informa al paciente se deja constancia de tal hecho. Dicho lo anterior, no debe servir como argumento para considerar que el soporte documental constituye una formalidad “ad substantiam”, como podría parecer si el legislador hace expresa referencia a dicha forma escrita, pues es perfectamente posible, aunque en la mayoría de los casos complicado, acreditar así sea indiciariamente el cumplimiento de dicho deber ante la ausencia del respectivo documento.

Pese a ello, la información escrita se ha convertido en el principal elemento de defensa del profesional médico para oponerse a las demandas de responsabilidad que

³¹³ Efectuando esta misma afirmación, aun cuando refiriéndose específicamente a los supuestos de consentimiento informado. BELLO JANEIRO, Domingo, *La responsabilidad médica en el Derecho español*, Temis S.A, Pontificia Universidad Javeriana, Colección internacional No. 30, Bogotá, 2011, p. 88

³¹⁴ LE TOURNEAU, Philippe, op.cit. p. 403. En la misma línea. CASTAÑO DE RESTREPO, María, *El consentimiento informado del paciente en la responsabilidad médica. Implicaciones de esta teoría en la responsabilidad civil médica con específicas referencias a la responsabilidad penal y disciplinaria de algunos profesionales de la salud*, op.cit. p. 417; PARRA GUZMÁN, Mario, op.cit. pp. 111-112; TAMAYO JARAMILLO, Javier, op.cit. p. 1156.

califican de inexistente o insuficiente la información suministrada por parte de este, lo cual ha llevado a que en el ámbito propio del contexto del consentimiento informado, se haya experimentado la proliferación de documentos estándar que formalmente informan respecto de las intervenciones médico-quirúrgica que se pretendan llevar a cabo, aun cuando en realidad la percepción real que pueda llegar a tener el paciente en cuanto a la intervención sugerida sea realmente insuficiente. Sin duda, estas prácticas constituyen alguna de las muchas consecuencias de la aparición de la “medicina defensiva” en la actualidad menoscabando en muchas direcciones los intereses de los pacientes. El derecho de los pacientes a ser informados no constituye una excepción a este respecto, hasta el punto que no resulta un absurdo aseverar que los documentos de consentimiento informado que son utilizados en la actualidad por parte de los centros hospitalarios, así como por los profesionales médicos, han venido siendo redactados por abogados más que por aquellos que se supone son los conocedores sobre la materia, desarrollando los mismos atendiendo primordialmente a los intereses de los médicos y no a los de los pacientes.

Desde la perspectiva de la segunda faceta del deber de información, concretamente en lo que tiene que ver con los supuestos propios de las reclamaciones “wrongful birth” y “wrongful life”, el cuestionamiento se resuelve de la misma manera. Es decir, es importante que las emisiones de los diagnósticos vengan debidamente acompañadas de las recomendaciones y explicaciones necesarias dadas por el profesional médico, las cuales permitan una efectiva comprensión por parte del paciente de lo que han arrojado las pruebas preconceptivas o prenatales, *so pena* de no cumplir de manera suficiente con el deber de actuación médico-asistencial que le es exigible, pues como hemos venido manifestando este referido deber no solo se satisface con el suministro material de la información sino también con la efectiva comprensión de la misma por parte del paciente. La naturaleza de este tipo de procedimientos médicos contribuye en mayor medida a que la información sea suministrada tanto de manera escrita como verbal, por lo que en la mayoría de estos supuestos las emisiones de los distintos diagnósticos se reflejarán en documentos escritos que traducen los resultados concretos arrojados por las respectivas pruebas; los cuales siempre deben venir acompañados de la adecuada explicación, indicación o recomendación que se estime pertinente por parte del profesional médico a efectos de que dichos resultados sean plenamente comprendidos por el paciente.

3.3.1.4 Objeto

Al igual que en los anteriores presupuestos, el deber de información en lo que respecta al objeto sobre el cual recae se concretiza de distinta manera según la perspectiva o faceta de la que se analice, aun cuando es posible señalar que en términos generales sigue los mismos patrones de actuación.

En lo referente al consentimiento informado, este deber de actuación debe circunscribirse específicamente a la intervención que se pretenda llevar a cabo dejando de lado cualquier tipo de referencia a cuestiones que no se relacionen con aquella o que resulten imprevisibles teniendo en cuenta el estado actual de los conocimientos científicos en materia médica³¹⁵. En el marco de cualquier intervención esterilizadora o que tenga por finalidad la anticoncepción en el paciente, surge la necesidad de alertar al

³¹⁵ CARRILLO FABELA, Reyna, op.cit. p. 573.

mismo sobre los aspectos generales y específicos de la intervención, los riesgos típicos que aunque infrecuentes son inherentes a la realización de este tipo de actividades, así como sobre las distintas alternativas adicionales a la intervención que se pretenda llevar a cabo, a partir de lo cual pueda el paciente ratificar la decisión de someterse a dicha intervención o, por el contrario, llevar a cabo la realización de una menos invasiva y que no resulte tan definitiva como la inicialmente considerada³¹⁶. De lo que se trata todo esto, es que el paciente cuente con los elementos de juicio necesarios para escoger el tratamiento o intervención que estime más acorde con sus preferencias, y, que a su vez, sea plenamente consciente de las distintas eventualidades que puedan acaecer en el marco de este tipo de procedimientos. Valga destacar que es necesario que estas eventualidades sean de carácter previsible a efectos de que integren el contenido del deber de actuación, ya que el deber de competencia médico-asistencial se encuentra sujeto a las reglas propias de la “lex artis ad hoc”.

En similares términos se manifiesta la Doctora Gómez Córdoba, cuando se refiere a lo que debería de ser el contenido y la extensión de esa información que se debe suministrar al paciente.

“Uno de las mayores dificultades relacionadas con el deber de informar radica en determinar el contenido y la extensión de la información acorde con las circunstancias de cada individuo. La información adecuada ha sido caracterizada en las sentencias de las altas cortes de diferente manera, como: comprensible, simple, precisa, aproximativa, fidedigna, exacta, pertinente, continua, oportuna, relevante, veraz, relacionada con el objetivo terapéutico, prudente, trascendente, suficiente, necesaria, objetiva, razonable, puntual, honesta, apropiada, sin vaguedades, imparcial, sin sesgos, equilibrada, completa y adecuada. En términos generales la información debe incluir el diagnóstico, pronóstico, los medios, los fines, los beneficios, riesgos e implicaciones del procedimiento así como sus alternativas y los efectos de ser o no realizado el procedimiento”³¹⁷.

Este deber de información, como es bien sabido, admite ciertas limitaciones en cuanto a su ejercicio dependiendo las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que este deba llevarse a cabo³¹⁸. Sin el ánimo de centrarnos en este punto en específico consideramos importante hacer algunas referencias a este respecto. Los casos relativos a la urgencia manifiesta, constituyen quizá el ejemplo más característico de este tipo de situaciones. No es posible que en ocasión a la obtención del consentimiento informado se permitan demoras en la prestación del servicio médico-sanitario que puedan causar lesiones irreversibles o algún tipo de peligro de fallecimiento en el paciente. En estos casos, se releva, en principio, a los responsables de la prestación de este deber de actuación, en tanto en cuanto se le otorga mayor preponderancia a la salud del sujeto que a la obtención del consentimiento. Tal como lo menciona la doctora Emaldi Cirión, podríamos decir que el profesional en estos supuestos actuaría cobijado de una especie de estado de necesidad que de alguna u otra manera le legitima, pues el paciente no tiene

³¹⁶ Refiriéndose a la actividad médica en general se manifiesta en la misma línea. SANTOS BRIZ, Jaime, op.cit. p. 210.

³¹⁷ GÓMEZ CÓRDOBA, Ana, op.cit. p. 196.

³¹⁸ LE TOURNEAU, Philippe, op.cit. p. 401.

posibilidad de tomar una decisión al respecto³¹⁹. No obstante, en los supuestos que nos interesa este tipo de situaciones parecen no tener cabida, la realización de intervenciones esterilizadoras o anticonceptivas no comportan, en principio, este grado de urgencia anteriormente explicado. La no realización de estas cirugías o intervenciones médicas no ponen en un peligro inmediato la vida del paciente y, resulta más inverosímil aún, que no sea posible la obtención del consentimiento de este.

A pesar de lo anteriormente comentado, es importante señalar que existen algunos casos en los que podría presentarse cierto grado de confusión en lo concerniente al surgimiento de este deber de información. Aquellas circunstancias en las que surge la necesidad de atender procesos de parto en donde se hace conveniente practicar la oclusión tubarica bilateral a efectos de evitar nuevos embarazos que pongan en peligro la vida del paciente, pueden constituir un ejemplo de este tipo de casos. Ni aun en estos casos, sería estimable hablar de urgencia manifiesta, la cual a su vez autorizaría la esterilización no consentida con el argumento de salvaguardar la salud y, por ende, la vida del paciente en estas circunstancias. El peligro que se puede presentar es en todo caso de carácter mediato, en el que si a bien lo tiene la afectada perfectamente podría someterse posteriormente a un procedimiento de ligadura de trompas que resulte necesario para salvaguardar sus propios intereses. En atención a lo anterior, es recomendable que en el documento de consentimiento informado que se suscriba por parte de la paciente se prevea como riesgos propios o típicos de la operación, ciertas eventualidades que hagan conveniente efectuar la oclusión bilateral tubarica en la paciente, y en la cual se informe respecto a la naturaleza, particularidades, riesgos y consecuencias de este procedimiento complementario. Lo anterior, a efectos de que esta se encuentre plenamente informada en lo concerniente a la situación, y decida si autorizar dicho procedimiento complementario o rechazarlo y asumir conscientemente los riesgos de un nuevo embarazo.

En este aspecto cobra gran relevancia el objeto del deber de información, pues como hemos tenido la oportunidad de analizar, es posible que en virtud de la realización de cualquier operación quirúrgica surja la necesidad de efectuar otro tipo de intervención independiente a la específicamente autorizada. La conveniencia de llevar a cabo dicha intervención no suele ser suficiente para prescindir de la autorización del paciente, salvo que nos encontremos hablando de supuestos de urgencia manifiesta, en los que como hemos mencionado, el deber de información del profesional médico es relevado. Así las cosas, el objeto de este deber de actuación lo constituye la información sobre la intervención o procedimiento específico que se pretenda llevar a cabo, es decir, la información referente a la naturaleza de la intervención, al pronóstico de la misma, a las distintas alternativas a dicho procedimiento, a la descripción de los riesgos generales y personalizados, y, finalmente, a las consecuencias que se podrían generar ante la no ejecución de la intervención recomendada. No es posible extender la autorización de procedimientos médicos específicos a otros tipos de intervenciones que en el curso de cualquier asistencia surja conveniente efectuar, en tanto que se estaría prescindiendo de este derecho a la autodeterminación del paciente propio de la dignidad de todo ser

³¹⁹ EMALDI CIRION, Aitziber, *Op.cit.*, pp. 193-194. Sin embargo, es interesante encontrar líneas argumentativas que optan por entender que en este tipo de supuestos no se evidencia una ausencia del consentimiento, sino que se actúa bajo el auspicio de un consentimiento tácito o presunto. Ver. PÉREZ DE LEAL, Rosana, *op.cit.* p. 189. En el mismo sentido parece inclinarse este autor. CESANO, José, *op.cit.* pp. 756-757.

humano³²⁰. Por ello, es importante elaborar documentos de consentimiento informado que resulten más completos en este sentido, y en los que de manera anticipada la paciente autoriza de manera consciente e informada la realización tanto de la intervención propia del proceso de parto como de la eventual oclusión tubarica.

Por otra parte, el objeto del deber de información en aquellos supuestos que se desarrollan en el marco de procesos diagnósticos directamente relacionados con las reclamaciones de responsabilidad “wrongful birth” y “wrongful life”, hace referencia al contenido informativo que se debe suministrar al paciente una vez se hayan practicado las pruebas diagnósticas de rigor, así como a la obligación médico-asistencial de informar sobre la existencia de aquellas. En el marco de los diagnósticos preconceptivos o prenatales el profesional médico se encuentra obligado a informar sobre los riesgos que amenazan a la descendencia futura o sobre el estado de salud del *nasciturus* según cuál sea el caso. Resulta exigible la exposición exhaustiva en este sentido, explicando las características de las eventuales enfermedades que se pueden llegar a manifestar por existir cierta predisposición a la misma, el grado de probabilidad existente de que se cristalice el riesgo de padecimiento, las distintas alternativas con las que se cuenta ante la situación de que se trate, así como en caso de no existir ningún indicio de riesgo que permita inferir un anómalo estado de salud tanto de los padres como del feto, informar a este respecto. En el marco de esta exposición detallada sobre las características propias de la situación que de alguna manera puede amenazar bien a la descendencia futura bien el estado óptimo de salud del *nasciturus*, es importante asegurarse concomitantemente de que el paciente ha comprendido de manera efectiva y suficiente la información que se le está suministrando, ya que es precisamente la percepción alterada de la realidad la que provoca la existencia del falso negativo.

Los factores de riesgo constituyen un indicador fundamental para determinar el contenido y la extensión del deber de información, por lo que este vendrá en la mayoría de los casos determinado por las circunstancias que concurran en el caso específico. A diferencia de lo que suele ocurrir en los supuestos propios del consentimiento informado, el deber de información desde su segunda faceta en lo relativo a los supuestos que aquí estamos estudiando, no otorga especial atención a los riesgos típicos sino a los factores de riesgo, pues son estos los que permitirán dirigir la actuación médico-asistencial en un sentido específico. La naturaleza de este tipo de supuestos revela la imposibilidad de atender y descartar todos y cada uno de los riesgos que pueden estimarse típicos y además frecuentes si no se manifiestan indicaciones médicas que lo autoricen. Exigir lo contrario, sería imponer un umbral de actuación más severo muy por encima de los límites fijados por la “lex artis”. Adicionalmente se asumirían riesgos innecesarios tanto por parte de la mujer en estado de embarazo como por parte del *nasciturus*, pues no pocas pruebas diagnósticas implican cierto porcentaje de riesgo para la integridad física de quienes se someten a ellos, no resultando proporcional efectuar este tipo de prácticas si no existe ningún indicio concreto que permitiera si quiera sospechar sobre un eventual padecimiento. De igual manera, resultaría ridículo pretender efectuar tantas pruebas diagnósticas como enfermedades típicas puedan manifestarse, pues no solo se pondría en

³²⁰ Sin embargo, creemos que en estos temas hay que ser lo suficientemente prudentes a efectos de evitar condenas injustas en contra tanto del profesional médico como del centro asistencial. Sobre esta cuestión. Ver. PENNEAU, Jean, “L’information du patient, quant au déroulement de l’opération chirurgicale, droit être totale”. Citado por, LÓPEZ MESA, Marcelo, *Teoría General de la Responsabilidad civil médica en el Derecho argentino y comparado*, op.cit. p. 356.

riesgo a los pacientes sino que también se provocaría un derroche insostenible en la prestación del servicio médico.

4. LA INCIDENCIA DE LA INDETERMINABILIDAD DE LA CIENCIA MÉDICA Y DEL ESTADO ACTUAL DE SUS CONOCIMIENTOS CIENTÍFICOS EN EL ACTUAR MÉDICO-ASISTENCIAL

La actividad médico-hospitalaria ha contribuido a la obtención de resultados satisfactorios en lo relativo al mejoramiento de la calidad de vida, otorgando alternativas a sus destinatarios que permitan contrarrestar y aminorar los riesgos generales de la existencia humana. La empresa, podríamos decir ambiciosa, de la ciencia médica tiene como finalidad reducir en la medida de lo posible la mortalidad y el deterioro de la calidad de vida que podríamos considerar inherente a la misma, que con la industrialización del mundo moderno se han hecho aún más patentes hasta el punto de identificar nuevas causas de mortalidad que en la antigüedad no registran antecedentes. El objeto sobre el cual recae la ciencia médica reviste de una infinidad de particularidades que resultan imposibles de abarcar en su totalidad por parte de esta disciplina, lo que se traduce como la razón de que un sinnúmero de eventos no puedan ser justificados desde los postulados de esta rama del conocimiento y, por tanto, mucho menos preverlos o imprimirles unas soluciones o alternativas.

Los constantes avances tecnológicos y científicos relativos a la ciencia médica que de manera incesante se han venido desarrollando refleja la evolución que a pasos agigantados se ha experimentado, y que ha permitido aminorar en beneficio de la humanidad los riesgos propios de la existencia humana y de la modernidad, que valga enfatizar, ha traído incorporados sus propios riesgos. A pesar de este incesante avance en los conocimientos propios de la medicina tanto curativa como satisfactiva, el desconocimiento de la ciencia médica sobre muchos aspectos del objeto que estudia es patente, de suerte que existan muchos fenómenos dentro de su ámbito de aplicación que le resulten inexplicables o incomprensibles.

En el presente análisis hemos querido enfocar el tema de la indeterminabilidad médica básicamente en dos cuestiones fundamentales. En primer lugar, la que hace referencia a la falta de exactitud y certeza en los resultados que arroja o que pudiere arrojar cualquier tratamiento o intervención diagnóstica o terapéutica. En segundo lugar, la que se refiere al margen de gestión discrecional que no pocas veces se le otorga al médico para que sea este quien con base en sus conocimientos y experiencia profesional tome aquellas decisiones que más se ajusten a las circunstancias del caso en concreto.

En lo que hace referencia a la primera de las cuestiones, es de destacar que en materia médica muchos de los resultados que se obtienen de la realización de un procedimiento diagnóstico o intervención quirúrgica carecen de un grado de precisión ideal, de suerte que influyen un cúmulo de circunstancias muchas veces desconocidas por parte de esta rama del conocimiento que hacen inviable la obtención de resultados más satisfactorios. De la misma manera, predecir el padecimiento de una enfermedad genética de aparición tardía no constituye un supuesto en el que sea posible prescindir de la fórmula de cálculo propia de la probabilidad, en tanto que existe la posibilidad, que siempre será variable pues en algunos casos resulta más latente que en otros, que la manifestación de dicha alteración genética no se lleve a cabo ni en su persona ni en su

descendencia futura. La naturaleza de la ciencia médica principalmente en lo que tiene que ver con este tipo de asuntos, que no son pocos, debe entrar en el campo propio del cálculo de probabilidades, fundamentándose claro está, en los elementos y resultados que se obtienen de las distintas pruebas médicas que indican el grado de probabilidad de la aparición de determinadas enfermedades sea en su persona o en su descendencia futura, así como el grado de probabilidad de la evolución favorable del paciente después de cualquier intervención quirúrgica que se haya realizado con éxito³²¹. A este respecto resulta sumamente interesante el análisis realizado por Villa Vigil:

“dejando de lado casos puntuales de algún facultativo irresponsablemente audaz o poco conocedor de las limitaciones propias y del estado de su profesión que hubiera asumido, mediante el anuncio u ofrecimiento de seudogarantías prometedoras y equívocas (cuando no francamente engañosas), una obligación de obtener resultados seguros, lo cierto es que en el mundo de las llamadas Ciencias de la Salud las respuestas a cualquier tipo de causa, estímulo o acción y las relaciones entre variables, todas, no son de naturaleza “determinista”, como ocurre en los fenómenos físicos y químicos, sino de naturaleza “probabilística” o “estocástica”. Es decir, obedecen a la “ley de los grandes números”, donde se cumplen relaciones matemáticas predecibles para los conjuntos de hechos, pero no para los hechos singulares aislados”³²²

Enfocándonos de manera concreta en el ámbito de las reclamaciones “wrongful birth” y “wrongful life”, la cuestión cobra gran relevancia en lo relativo a la interpretación y valoración de los resultados arrojados por las pruebas diagnósticas, en tanto que en no pocas ocasiones estos vienen reflejados en términos de probabilidades, lo que refleja la falta de exactitud y precisión en los resultados del diagnóstico practicado. Ante este tipo de situaciones que resultan imposibles de evitar, pues el estado actual de los conocimientos científicos no otorga la posibilidad de brindar un diagnóstico con mayor precisión, el profesional de la salud debe dirigir su actuación con base en dichos resultados. Así, la información que este debe suministrar a los pacientes interesados es la relativa al porcentaje específico de probabilidad que arrojó la prueba practicada, no siendo posible reprochar la falta de precisión en el diagnóstico. Por otra parte, cabría identificar un actuar médico-asistencial negligente en este tipo de supuestos, en los casos en que la emisión del diagnóstico no refleje lo que en realidad ha arrojado la prueba. Piénsese en los casos en que el profesional encargado de elaborar el diagnóstico informa que no existe ningún tipo de riesgo que amenace a la descendencia futura si nos encontramos en el marco de un diagnóstico preconcepcional, o que no existen anomalías que puedan afectar la salud del *nasciturus* si nos encontramos en el marco de un diagnóstico prenatal, cuando en realidad la prueba en la que se fundamenta la emisión del diagnóstico ha expresado sus resultados en términos de probabilidades. En estos supuestos, la cristalización del riesgo que resultaba poco probable, pero en todo caso latente, evidencia de manera intempestiva el falso negativo provocado en los pacientes, toda vez que estos se encontraban convencidos del estado óptimo de salud de los padres para tener una descendencia sana o, en su caso, del estado óptimo de salud del *nasciturus*. La creación de un falso negativo en este tipo concreto de casos no viene generada por la

³²¹ GÓMEZ CÓRDOBA, Ana, op.cit. pp. 204-205.

³²² VILLA GIL, Alfonso, “Posibilidades de predicción de resultados en odontología, basadas en la evidencia científica”, *Colegio General de Colegios de Odontólogos y Estomatólogos de España*, Madrid, 2004, pp. 7-10.

indeterminación de la ciencia médica sino por el actuar negligente en la prestación del servicio, en donde no se dio cuenta de los riesgos que amenazaban a la descendencia futura o al feto propiamente dicho, restándole importancia al porcentaje de probabilidad de cristalización de los mismos. En estos casos, resultaría recomendable informar de manera detallada a los padres respecto del resultado obtenido en la prueba diagnóstica, muy a pesar de que en algunos casos resulte muy indeterminada esta información por estar en términos de probabilidades, so pena de comprometer su responsabilidad por tratar de otorgar una información a los padres con un grado de precisión mayor que el que puede suministrar el estado actual de los conocimientos propios de la ciencia médica.

Por otro lado, básicamente en lo que hace referencia a la segunda de las cuestiones anteriormente referenciadas, es importante señalar que la “lex artis” como el compendio de ese conjunto de saberes y conocimientos universales propios de la ciencia y la técnica médica le otorga un margen de decisión al profesional de la salud para que con base en él dirija su actuación. Es perfectamente posible llegar a la prestación de una eficiente asistencia sanitaria con la utilización de cualquier opción de actuación que se estima igualmente viable para el caso concreto, lo que se traduce en la existencia de un margen de actuación en la escogencia de las distintas alternativas que la ciencia médica ofrece, las cuales se deben ponderar de acuerdo a las circunstancias propias del asunto y, en todo caso, con la total aquiescencia del paciente. De allí, que la mera adopción por parte de los médicos de una de las distintas opciones o alternativas que brinda el conjunto de conocimientos y saberes científicos no constituye, en principio, una violación a la “lex artis” y, en consecuencia, no podríamos hablar de la existencia de una conducta negligente, salvo que según las circunstancias propias del caso la utilización de la opción médica adoptada no aparezca indicada en atención a las condiciones particulares del paciente, pues no podríamos afirmar que según el criterio del “buen médico” en similares circunstancias se habría optado por la utilización de la referida alternativa u opción médica.

Las reglas de la experiencia y de la prudencia médica se han convertido en las herramientas más eficaces para el profesional de la salud en los distintos ámbitos de gestión, principalmente en los ámbitos propios de los procedimientos diagnósticos y terapéuticos en los que resulta posible adoptar distintas soluciones a una problemática específica, y con base en estas herramientas elegir la que se estime más conveniente. No le es dable al jurista entrar a reprochar la conducta del agente de la salud por la no escogencia particular de una alternativa específica si según las reglas del oficio médico el conjunto de soluciones posibles e, incluso, la solución efectivamente escogida resultaban viables³²³.

Apoyando este margen de libertad profesional propio de la gestión médica encontramos la declaración de la Asociación Médica Mundial sobre la independencia y libertad profesional del médico adoptada por la asamblea médica mundial No. 38, en octubre de 1986, en la que dicha organización gremial consciente de la primordial importancia que ostenta la independencia profesional les atribuye el derecho a ejercer sus funciones con un cierto grado de libertad que les permita atender sus obligaciones sin interferencias. Se considera que la mejor manera de obtener óptimos resultados en cualquier actividad médico-hospitalaria pasa por defender y mantener el privilegio del galeno de hacer uso de su juicio y discrecionalidad profesional, siempre atendiendo,

³²³ MACÍA MORILLO, Andrea, *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales. Las llamadas acciones de Wrongful birth y Wrongful life*, op.cit. pp. 234-235.

claro está, a los criterios propios de las reglas de la experiencia y de la prudencia para llevar a cabo las decisiones que se estimen más convenientes para el paciente tanto desde un punto de vista ético como clínico.

Así las cosas, en aquellos supuestos en los que no termina de existir un consenso científico respecto de la solución o alternativa específica aplicable ante la presentación de una patología concreta, la complejidad de la aplicación de dichos conocimientos (médicos) provoca que no sea posible catalogar como negligente la escogencia realizada por parte del profesional de la salud, siempre y cuando la alternativa adoptada haga parte de aquellas que son objeto de discusión³²⁴.

La doctrina general se manifiesta en este mismo sentido, concretamente, el jurista Galán Cortes señala lo siguiente:

“Tampoco cabe exigir responsabilidad al médico en aquellos supuestos en que no exista unanimidad en la doctrina científica sobre el tratamiento a dispensar en una determinada patología y el facultativo opte por uno de ellos, realizándolo con un poder técnico correcto tras obtener el consentimiento informado del paciente y, por tanto, después de haberle informado, en forma adecuada, de las alternativas existentes, así como de sus riesgos y beneficios, aun cuando estos riesgos o complicaciones se materialicen tras su práctica, pues la culpa comenzará donde terminan las discusiones científicas”³²⁵

Este conjunto de circunstancias refleja la segunda de las cuestiones relativas a la indeterminabilidad de la ciencia médica. Cuestión que, de hecho, se refleja de manera significativa en los supuestos propios de las reclamaciones que en el presente estudio nos encontramos abordando.

A título de ejemplo, valga resaltar cómo en los supuestos propios de las reclamaciones de responsabilidad “wrongful conception”, bien se trate de los procesos de esterilización o anticoncepción bien de los casos de interrupción fallida del embarazo, existen distintas alternativas o métodos específicos de actuación por medio de los cuales se encuentra científicamente aceptado llevar a cabo la finalidad del tratamiento o la intervención de que se trate. Así, en los supuestos propios de los procesos de esterilización, concretamente en los casos de procedimientos que buscan la oclusión de los conductos deferentes (vasectomía), existe la alternativa quirúrgica convencional por medio de la cual se cortan y se ligan dichos conductos, de tal manera que sus dos extremos queden separados entre sí introduciendo nuevamente dichos conductos en el escroto; sin embargo, también existe la técnica de la vasectomía sin bisturí (VSB), tal como lo señalamos anteriormente, que resulta más moderna y no se trata de una intervención quirúrgica en estricto sentido, además ostenta un porcentaje mucho menor de complicaciones que el relativo a la técnica utilizada de manera convencional en este

³²⁴ ATAZ LÓPEZ, Joaquín, *Los médicos y la responsabilidad civil*, Montecorvo, Madrid, 1985, p. 185; SANTOS BALLESTEROS, Jorge, op.cit. pp. 461-462.

³²⁵ GALÁN CORTES, Julio, op cit. pp. 102-103. En la misma línea. GALÁN CORTES, Julio, “Responsabilidad en las distintas fases de la actuación médico-terapéutica, y según especialidades”, *La responsabilidad civil y penal del médico*, Ilustre Colegio Oficial de Médicos de Madrid, Madrid, 1999, pp. 82-86; FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel, op.cit, p. 106-107 y 292-293; LÓPEZ MESA, Marcelo, *Teoría General de la Responsabilidad civil médica en el Derecho argentino y comparado*, op.cit. p. 192.

procedimiento. La utilización de cualquiera de estas alternativas de intervención resultan perfectamente autorizadas por parte de la “lex artis”, sin que pueda alegarse ante el fracaso de alguna de ellas la falta de utilización de la técnica no adoptada.

De otra parte, en lo que respecta al estado actual de los conocimientos científicos como un límite en la imputación de responsabilidad civil o patrimonial, situación a la que de manera indirecta ya hemos hecho referencia al desarrollar el asunto relativo a la indeterminabilidad de la ciencia médica, es importante señalar que este estado actual de conocimientos constituye un criterio de orden objetivo que desplaza al criterio de orden subjetivo que por lo general se utiliza al valorar el grado de conocimientos y saberes que tiene el profesional médico propiamente dicho. Este criterio de orden objetivo hace referencia a los conocimientos generales que existen en materia médica y que, en principio, podríamos decir que han sido asumidos e integrados por la ciencia que los ocupa, de suerte que las conductas de los profesionales y centros asistenciales que desarrollan la actividad médico-hospitalaria no puedan estar al margen de su conocimiento y de ese umbral de exigencia de actuación que requiere, salvo cuando las circunstancias de modo, tiempo y lugar del caso concreto impidan su absoluto obediencia. El contenido de dicho criterio no tiene un carácter estático o inmutable, muy por el contrario, aquel contenido viene definido por los avances de la ciencia y de la técnica que pueden ir ampliando con el paso del tiempo su radio de acción.

La incidencia del “estado actual de los conocimientos de la ciencia y la técnica” en la imputación de responsabilidad a título de culpa es totalmente determinante, en tanto que de este parámetro objetivo de valoración es posible calificar la conducta enjuiciada; no resultando negligente aquella prestación del servicio de salud que no haya tenido en cuenta los conocimientos científicos que al momento de realizar la actuación no habían sido asumidos por la ciencia médica aun cuando resultara probable que en el futuro se llegarían a asumir, pues no es exigible una actuación médica determinada de la que no se tiene un total conocimiento por la comunidad científica en general. Por esto, el adjetivo “actual” goza de gran importancia en el estudio de este criterio de valoración objetiva, toda vez que aquellos conocimientos que no se encuentren plenamente asumidos por la ciencia médica al momento de efectuarse la actuación objeto de valoración no podrían integrar este concepto jurídico indeterminado.

En lo referente a los supuestos propios de las reclamaciones de responsabilidad “wrongful conception”, “wrongful birth” y “wrongful life”, la cuestión reviste significativa relevancia, pues el concepto jurídico indeterminado: “estado actual de los conocimientos científicos y técnicos propios de la ciencia médica”; constituye un criterio valorativo primordial para identificar este tipo de reclamaciones, entre otras cosas, porque, tal como lo mencionamos en el capítulo anterior, uno de los requisitos de este tipo de demandas lo constituye el hecho de que la conducta médico-asistencial enjuiciada sea reprochable a la luz del estado actual de los conocimientos propios de la medicina, v. gr., en los supuestos propios de las acciones “wrongful birth” y “wrongful life”, es exigible que la enfermedad padecida por el feto, y de la que finalmente no se otorga ningún tipo de información a los padres que posibilite el ejercicio del derecho a interrumpir voluntariamente el embarazo, resulte identificable según el estado de la ciencia y la técnica médica aun cuando esta fuera incurable.

Así las cosas, no todas las enfermedades de carácter genético o hereditario que pueda padecer la descendencia futura resultan identificables en el marco de la prestación

médico-asistencial. Lo que circunscribe el ámbito de responsabilidad de aquellos que intervienen en la prestación del servicio solo a aquellas enfermedades o patologías de carácter genético o congénito que a la luz de los conocimientos científicos sean detectables³²⁶.

Es importante indicar que este grado de exigencia no se debe analizar al margen de las circunstancias de modo, tiempo y lugar que evidencie el asunto en concreto, pues es claro que existen países en los que la ciencia médica ha avanzado de manera notable en comparación con otros, luego entonces, el umbral de exigencia asignado para un ordenamiento jurídico en el que en su territorio se dispone de medios e instrumentos sofisticados que se encuentran casi a la par de los descubrimientos científicos propios de la ciencia médica, no puede ni debe ser el mismo que se asigne a aquellos países en los que tanto las clínicas y hospitales como los profesionales médicos no disponen de tales instrumentos y herramientas mencionadas sino solo de aquellas que se estiman como vitales y necesarias para la actividad médico-hospitalaria. Sin duda, este aspecto no se puede dejar de valorar a la hora de enjuiciar la prestación del servicio de salud de que se trate, pues lo raro sería que todos los países apliquen de manera precisa los avances tecnológicos y científicos que se dan a nivel mundial, en tanto que este tipo de seguimientos automáticos resultaría imposible, en razón a los gastos económicos que la implementación y aplicación de dichos avances demandaría, y que la mayoría de los países no están en condiciones de asumir.

Es forzoso concluir que el parámetro objetivo de la “lex artis” de ninguna manera se identifica *per se* con el estado de los conocimientos de la ciencia y la técnica médica, sino que este constituye un límite en el deber de actuación médico-asistencial. Existe cierto grado de distorsión entre el estado actual de los conocimientos y la “lex artis” propiamente dicha, entendiendo esta como el parámetro objetivo de valoración de la actuación médico-sanitaria, o como ese umbral de exigencia que se debe satisfacer con la conducta médica. No es posible exigir a un profesional de la salud conductas que según el estado actual de los conocimientos científicos no es posible llevar a cabo, pero tampoco es posible exigir en todos los casos la disposición de los medios y herramientas que resultan ya conocidos por la ciencia médica. Dicho de otro modo, podríamos decir que el concepto “lex artis” se ha ido redefiniendo por el concepto jurídico indeterminado “lex artis ad hoc”, en el cual el umbral propio del estado de los conocimientos científicos no siempre se identifica con el umbral de exigencia de aquel.

Los costos relativos a la prestación de salud han constituido a lo largo de los últimos años una de las partidas económicas a las que los estados han tenido que hacer frente, y no siempre con gran solvencia; lo que se ha traducido en la prestación de servicios de salud que en comparación con el estado actual de los conocimientos científicos generales deja mucho que desear. Sin embargo, esta deficiencia de orden político-sanitario no puede afectar directamente la responsabilidad de quienes prestan el servicio de salud, pues, exigir la implementación de las herramientas, medios o tratamientos que van a la vanguardia de la medicina mundial en aquellos países en los que escasamente pueden cumplir con la prestación del servicio de salud resultaría un despropósito; diferente sería, quizá, en los supuestos propios de la medicina privada

³²⁶ Siguiendo esta misma línea, pero refiriéndose de manera general a cualquier tipo de enfermedades. Ver. BRUNO, Antonio; LÓPEZ BOLADO, Jorge; POGGI, Víctor; YUNGANO, Arturo, *Responsabilidad profesional de los médicos. Cuestiones civiles, penales, médico-legales y deontológicas*, Universidad, 2ª edición, Buenos aires 1992, p. 158; SANTOS BALLESTEROS, Jorge, op. cit. p. 523.

(medicina prepagada, asistencia sanitaria prestada directamente por las aseguradoras, etc.) en los que se dispongan de mayores herramientas y medios para acceder a una prestación médico-hospitalaria más eficiente y garante. Por tal motivo, las circunstancias de modo, tiempo y lugar son llamadas a tenerse en cuenta a la hora de valorar la conducta médica enjuiciada, de tal manera que no siempre será posible calificar como negligente las prestaciones del servicio de salud en las que no se haga uso de estos medios, tratamientos o herramientas que a la luz de los conocimientos científicos ya resulten acreditados³²⁷. En cualquier caso, se recomendaría el suministro de información por parte del profesional en lo referente a la existencia de distintas técnicas, medios o tratamientos de los que no se dispone y que pudieran curar o paliar de manera más eficiente las patologías presentadas por el paciente; pudiéndose identificar, si acaso, algún tipo de conducta negligente, en la falta de información a este respecto, pero de ninguna manera por la falta de utilización de medios que ni siquiera tiene a su disposición. Por otra parte, en aquellos países en donde el servicio público de salud funciona de manera ostensiblemente mejor es posible identificar cierto grado de identidad entre el estado actual de los conocimientos de la ciencia y la técnica médica y la “lex artis”, pues se suele disponer de los medios, herramientas e instrumentos que se encuentran a la vanguardia de la medicina mundial. En estos casos, es lógico que el umbral de exigencia requerido tanto para los profesionales médicos como para los centros hospitalarios sea mayor que el exigido a los mismos en aquellos lugares en los que no se dispone de estos medios.

En definitiva, tanto en los supuestos propios de las reclamaciones “wrongful conception” como en aquellos referidos a las demandas “wrongful birth” y “wrongful life”, el estado de los conocimientos de la ciencia y la técnica han constituido un límite en la prestación del servicio. En los supuestos relativos a los procesos de esterilización es importante destacar que las intervenciones que aquí se llevan a cabo revisten ciertas particularidades en lo concerniente a las actividades médicas convencionales, toda vez que en este tipo de procedimientos no se busca extinguir o paliar los efectos de una patología en concreto sino eliminar una función fisiológica propia del ser humano, como sucede con la capacidad de reproducción de los mismos. Los riesgos de fracaso propios de este tipo de intervenciones si bien son bastante infrecuentes, tal como se refleja en la baja tasa porcentual de fracaso de los procedimientos de vasectomía y ligadura de trompas, siguen estando a la orden del día, siendo imposible incluso en la actualidad reducir dicho margen de ineficacia a cero, pues según el estado actual de los conocimientos de la ciencia y la técnica no se ha previsto una alternativa que resulte 100% exitosa para los referidos procesos de esterilización³²⁸. Imputar responsabilidad civil o patrimonial a causa del fracaso en el procedimiento de ligadura de trompas, habiendo el profesional médico informado correctamente sobre los riesgos típicos de la operación, así como de los cuidados post-operatorios que se deben tener a efectos de asegurar en la medida de lo posible los resultados de la intervención, sería extender de manera irrazonable el deber de actuación profesional y asistencial. En otras palabras, sería circunscribir la prestación del servicio médico-hospitalario dentro del régimen de responsabilidad objetiva. Es claro que dentro de un régimen de responsabilidad subjetiva o, dicho de otra manera, dentro de un régimen de responsabilidad en donde el título de

³²⁷ En el mismo sentido se pronuncia este autor. Ver. SAAVEDRA BECERRA, Ramiro, op.cit. pp. 303-304.

³²⁸ En la misma línea, aun cuando refiriéndose concretamente a los procedimientos de vasectomía. Ver. BAÑEGIL ESPINOSA, Adolfo; SALVADOR CRESPO, Juan, “Los daños morales y su valoración en la responsabilidad médica”, *Revista La Ley- Actualidad civil*, No. 1, 1997, p. 149.

imputación aplicable es el relativo a la culpa, no es posible reprochar la conducta del profesional de la salud por el mero acaecimiento del resultado indeseado, toda vez que este era imposible de evitar a la luz de los conocimientos científicos existentes.

Similar situación sucede con los supuestos propios de las reclamaciones de responsabilidad “wrongful birth” y “wrongful life”, en donde la incidencia del estado de los conocimientos científicos y técnicos propios de la medicina respecto a la imputación de responsabilidad patrimonial es significativa. Aquellas enfermedades genéticas o hereditarias, e incluso cualquier otro tipo de anomalías congénitas que resulten indetectables según los conocimientos propios de la ciencia médica no pueden ser objeto de reclamación judicial; los requisitos de procedencia de este tipo de demandas judiciales exigen la presencia de una actuación negligente en las distintas fases del procedimiento de diagnóstico, descartando la responsabilidad objetiva del estudio de las mismas. Piénsese en el caso en que se le practica la prueba diagnóstica del “triple Screening” a la paciente, en la cual se obtiene como resultado un alto porcentaje de probabilidad de que el niño nazca completamente sano, es decir, sin el padecimiento de la alteración cromosómica denominada trisomía 21. No obstante al nacer el niño, este presenta la alteración cromosómica que fue objeto de examen y que no pudo ser detectada. En este tipo de supuestos no cabe estimar ningún tipo de demanda de responsabilidad patrimonial o civil, toda vez que aun practicándose el conjunto de conocimientos y saberes que la ciencia médica ha revelado para la detección de este tipo de enfermedades no fue posible hacerlo, pues, como es bien sabido, los porcentajes de acierto de estas prueba diagnósticas no alcanzan el 100%.

CAPÍTULO TERCERO

LA DETERMINACIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO. LAS IMPLICACIONES ÉTICAS Y JURÍDICAS DE CONSIDERAR EL INICIO DE LA VIDA COMO UN PERJUICIO INDEMNIZABLE: LA INCIDENCIA DE LA TEORÍA ALEMANA DE LA SEPARACIÓN

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

La metodología utilizada en cualquier estudio académico relativo a los elementos de la responsabilidad patrimonial no debe encontrarse sujeta a un modelo determinado y debe estar relacionada con el tema en concreto que se está desarrollando. No resulta del todo acertado sugerir una única forma de adentrarse en el estudio de los distintos elementos de la responsabilidad civil. Atendiendo a la naturaleza del tema que nos ocupa y a que el daño indemnizable y, principalmente el nexo de causalidad, constituyen dos elementos especialmente relevantes en el estudio de este tipo de reclamaciones, consideramos prudente abordar de manera inicial el análisis de la cuestión de la culpabilidad, como en efecto se hizo a lo largo del capítulo segundo, de tal manera que sea posible desarrollar con mayor claridad las valoraciones pertinentes en torno a la determinación del daño antijurídico.

La identificación del daño indemnizable constituye una tarea fundamental en el estudio de la institución de la responsabilidad civil, entendiendo esta en los términos a que nos hemos referido en el capítulo anterior. El daño es la razón de ser de la responsabilidad resarcitoria, el motivo principal por el cual surge la necesidad de hablar de un derecho de responsabilidad y uno de los presupuestos necesarios que permite la valoración jurídica de la conducta enjuiciada. Es decir, no cobraría ningún sentido efectuar análisis alguno en lo referente a la conducta enjuiciada si de antemano existe la certeza de que no se ha evidenciado ningún tipo de daño, pues aun cuando resulte evidente la existencia de negligencia en el actuar del autor la ausencia del daño indemnizable hace inocuo cualquier análisis en materia de responsabilidad resarcitoria³²⁹.

Un obstáculo de no poca importancia para el desarrollo de estas reclamaciones de responsabilidad de origen anglosajón lo ha constituido la identificación de un daño indemnizable. Junto al problema jurídico que se relaciona de manera directa con la determinación del daño, encontramos que existen dificultades de orden ético y extrajurídico que cobran un protagonismo significativo a la hora de valorar este elemento de la responsabilidad patrimonial. Me atrevería a manifestar que el grueso de los supuestos obstáculos existentes en este sentido se traducen en la existencia de argumentos de orden ético o religiosos que están en clara oposición a las pretensiones que se fundamentan en estas demandas judiciales, existiendo algunos cuestionamientos

³²⁹ En estos mismos términos se manifiestan. GALÁN CORTÉS, Julio, *Responsabilidad civil médica*, op.cit. p. 645; HENAO PEREZ, Juan, *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Derecho colombiano y francés*, Universidad Externado de Colombia, 1ª edición, 1998, pp. 36-37; FERNÁNDEZ HIERRO, José, op.cit. pp. 295-296; LLAMAS POMBO, Eugenio, *La responsabilidad civil del médico, aspectos tradicionales y modernos*, Trivium S.A, Madrid, 1988, p. 231; MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, León; TUNC, André, op.cit. pp. 293 y ss.

minoritarios de orden jurídico que se oponen a estas, los cuales iremos analizando a lo largo de este capítulo.

La dificultad en cuanto a los aspectos propios de la valoración económica de las distintas partidas y subpartidas indemnizatorias también ha constituido una piedra en el camino en el estudio de estas reclamaciones de responsabilidad; lo que se ha traducido muchas veces como el fundamento principal para negar la existencia de daños indemnizables a este respecto. Este tipo de argumentos aun cuando tienen la característica de ser de orden jurídico no resisten un análisis crítico consistente. Tal como lo comentaremos más adelante, estos argumentos no resultan suficientes para negar la existencia de un daño antijurídico, pues la dificultad en cuanto a la tasación o valoración económica de los daños no puede solucionarse con la negación de los mismos, como si se tratara de una carga que tendría necesariamente que asumir el afectado o la víctima de un perjuicio.

En el presente capítulo efectuaremos un análisis general en cuanto la determinación de los daños que en el marco de las demandas que estamos estudiando estimamos como indemnizables. Es importante hacer claridad sobre los distintos tipos de daños que se han venido solicitando en el marco de estas demandas, así como de la necesidad de precisar aquellos que consideramos deben ser resarcidos por cuanto constituyen auténticos daños antijurídicos. En la actualidad no existe claridad sobre este aspecto en concreto, existiendo pluralidad de interpretaciones aun en aquellos sectores en donde existe acuerdo sobre la existencia de ciertos daños o perjuicios indemnizables. Por tal motivo, creemos fundamental que la doctrina y la jurisprudencia deben seguir colaborando de manera activa en el desarrollo de este tipo de reclamaciones con la finalidad concreta de brindar mayor claridad y uniformidad en el manejo de las mismas, pero principalmente para garantizar en mayor medida el derecho a la reparación integral de los afectados. Por otra parte, en ordenamientos jurídicos como el nuestro en donde no existen mayores estudios referente a este tipo de reclamaciones surge la necesidad de pronunciarse lo más pronto posible a este respecto, y dotar a nuestro derecho de responsabilidad de las herramientas necesarias para dar cabal cumplimiento a lo mandatos de optimización que suponen los principios en los que se funda. De igual manera, resaltaremos la necesidad de tener en cuenta ciertas precisiones de interés en lo referente a la tasación del daño antijurídico, principalmente de aquellos que revisten de un mayor grado de dificultad en lo que respecta a la valoración económica.

2. ANÁLISIS INTRODUCTORIO

En términos generales, el nacimiento no deseado *a priori* parecería el daño indemnizable por el cual se reclama en el marco de las demandas “wrongful conception”. Es sabido que estas reclamaciones se fundamentan en los efectos derivados de la realización de la conducta médica negligente que no impide la fecundación del *nasciturus*, pero tal como lo habíamos mencionado en el primer capítulo, también surgen casos en los que la conducta médica no busca impedir la fecundación, pues esta ya existe, sino que no es capaz de interrumpir el proceso de embarazo, bien sea por una intervención quirúrgica ineficaz³³⁰ o por la negativa a proceder con la intervención³³¹. No

³³⁰ Este tipo de supuestos no resultan para nada extraños a la práctica jurisprudencial internacional. En Alemania, por ejemplo, se atribuye responsabilidad bajo estos supuestos en la sentencia del OLG Stuttgart de 28 de enero de 1987: NJW, 1988, 1934; en Francia, ocurre lo propio en el fallo del Conseil d'Etat de 2

obstante, el daño se ha ido replanteando o, mejor aún, se ha ido redefiniendo a lo largo de los años en los distintos países que han optado por acoger estas reclamaciones judiciales, tratando de no chocar de manera frontal con los argumentos de orden ético y extrajurídico que dificultan en gran medida la identificación del daño en el nacimiento del niño. Así, pues, se ha ubicado el daño indemnizable en otro tipo de situaciones que aun cuando surgen como consecuencia directa del nacimiento no deseado constituyen hechos o circunstancias totalmente independientes, lo cual traslada a su vez, el foco de atención en cuanto al estudio del daño desde el nacimiento a estos hechos o sucesos independientes que constituyen un perjuicio en sí mismo.

Existen disparidades de criterios en lo que tiene que ver con la identificación como daños indemnizables de estos hechos o situaciones que surgen como consecuencia del nacimiento no deseado, lo que ha provocado un tratamiento jurídico desigual en lo que respecta a este tipo de reclamaciones de responsabilidad si tenemos en cuenta cuál ha sido su evolución en los distintos países que han ocupado su estudio³³². Es evidente que alejar el daño del hecho natural del nacimiento ha constituido una solución significativa para la consolidación de este tipo de demandas, sin embargo, es innegable que el nacimiento se traduce aun bajo estas circunstancias como la causa directa del detrimento o menoscabo, lo cual también ha provocado serias dificultades en el desarrollo de este estudio.

Por otra parte, la situación de las reclamaciones denominadas “wrongful birth” y “wrongful life” no resulta sustancialmente distinta en cuanto a estos aspectos. La cuestión relativa a la identificación del daño en este tipo de demandas ha sido una de las principales dificultades que han tenido que enfrentar quienes las promueven. De igual manera, la tendencia a alejar el daño del hecho del nacimiento, tal cual venía sucediendo con las reclamaciones anteriormente referidas, ha permitido sin lugar a dudas la existencia de mayores condenas indemnizatorias a favor de las personas afectadas, lo cual constituye a mi parecer, la prueba reina de la gran influencia que en este sentido cobran aquellos argumentos de tinte ético y metajurídico. Vale destacar a título introductorio, que la mayor dificultad en este sentido se refleja en las reclamaciones “wrongful life”, por cuanto pretender separar o distanciar el daño indemnizable del hecho natural del nacimiento constituye una tarea de difícil aplicación. Dicho de otra manera, la relación intrínseca entre la afectación padecida por parte del niño que en este tipo de reclamaciones funge como demandante o como persona en cuyo nombre se interpone la demanda judicial, y el nacimiento del mismo, dificulta de manera ostensible identificar el daño en cualquier otro suceso que no corresponda al hecho de vivir o al inicio de la vida. No obstante, consideramos que no resulta imposible efectuar tal separación, como al parecer algunos autores se han encargado de reiterar en los distintos

de julio de 1982 y la sentencia de la Cour de Cassation de 25 de junio de 1991; en Inglaterra, se planteó este supuesto como propio de reclamación “wrongful conception”, en el caso, *Sciuriaga v. Powell* (1979) 123 S J 406. y; finalmente, en Estados Unidos: véanse los casos, *Nanke v. Napier*, 346 N.W. 2d 520 (Iowa 1984); *Wilezynsky v. Goodman*, 391 N.E.2d 479, 73 Ill. App. 3d 51; *Stills v. Gratton*, 55 Cal. App. 3d 698 (1976).

³³¹ Supuesto que ha sido precisamente el que en la actualidad más se ha venido manifestando en Colombia aun cuando no en el marco de reclamaciones “wrongful conception”. Véanse las sentencias de tutela. Corte Constitucional, Sentencia T-209/2008, de 28 de febrero de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; Corte Constitucional, Sentencia T-946/2008, de 2 de octubre de 2008, M.P. Jaime Córdova Triviño; Corte Constitucional, Sentencia T-841/2011, de 03 de noviembre de 2011, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

³³² En este sentido, ver las consideraciones expuestas en el capítulo I relativas al análisis de estas acciones en los distintos ordenamientos jurídicos.

estudios que han realizado sobre el tema³³³. En todo caso, esta situación o aspecto temático lo abordaremos con mayor detenimiento a lo largo de este capítulo cuando nos estemos refiriendo a este tipo específico de reclamaciones.

En este estado de las cosas, surge la necesidad de manifestar que la identificación de estos perjuicios resulta variable según la naturaleza de las reclamaciones a las que nos estemos refiriendo, pues es indudable que se perjudica de distinta manera a la víctima cuando hablamos de reclamaciones de responsabilidad “wrongful conception”, que en aquellos casos que hablamos de reclamaciones “wrongful birth”. En la primera de ellas no suele evidenciarse la existencia de daños morales por el dolor o sufrimiento que padecen los padres a causa de las malformaciones del niño, pues como hemos tenido la oportunidad de analizar, estas demandas por lo general parten del nacimiento sano de este; por otro lado, en las segundas el referido daño moral sí que es característico de las mismas, toda vez que la condición *sine qua non* para la existencia de estas se traduce en el nacimiento con malformaciones del niño, lo cual indica que ante la ausencia de este hecho difícilmente podríamos hablar de reclamaciones “wrongful birth”.

Teniendo en cuenta lo anteriormente mencionado en cuanto a la tendencia a identificar el daño indemnizable en situaciones o circunstancias independientes al hecho propio del nacimiento; es importante señalar que en lo que respecta al estudio del daño, las reclamaciones “wrongful birth” y “wrongful life” plantean mayores distinciones entre ellas que en cualquiera de los demás elementos de la responsabilidad civil. En efecto, la determinación de los perjuicios suele ser distinta tanto en un tipo de reclamaciones como en las otras. Si bien es cierto que muchos de los problemas jurídicos que allí se presentan resultan comunes y que se parte de un mismo comportamiento negligente, de hecho los supuestos que originan estas reclamaciones son sustancialmente los mismos, no es menos cierto que existe una dualidad de víctimas como consecuencia de la conducta enjuiciada, lo cual produce una dualidad de daños que resulta evidente. Podríamos aseverar que alguno de los daños que es posible evidenciar en las reclamaciones “wrongful birth” es generado por la creación de un falso negativo en los padres que altera su percepción de la realidad, haciéndoles tomar decisiones desinformadas que violan su derecho a la libertad de procrear y, más concretamente en caso de estar incursos en el marco de los diagnósticos prenatales, el derecho de la madre a interrumpir voluntariamente el proceso de embarazo, naturalmente si se dan las condiciones para el efecto; atentando de manera directa en contra del derecho a la autodeterminación reproductiva y, por ende, del derecho a la dignidad humana. Por su parte, en las reclamaciones “wrongful life”, la violación a este derecho a la autodeterminación reproductiva, bien sea que la conducta negligente se haya manifestado en el marco de un diagnóstico preconcepcivo, preimplantatorio o prenatal, no constituye el daño por el cual se reclama, en tanto que el niño afectado ni siquiera existía en el momento de la realización de dicha conducta médica aun cuando los efectos de la misma se hayan diferido en el tiempo perjudicándolo de manera directa. Aquí los perjuicios se concentran en aquellos que padece directamente el niño a causa del nacimiento en las circunstancias en que se produce³³⁴.

³³³ GALÁN CORTÉS, Julio, *Responsabilidad civil médica*, op.cit. p. 439; WINTER, Thomas, “Leben als Schaden? Vom Ende eines französischen Sonderwegs”, *JZ*, 2002 (7), p. 330. Cit. MACÍA MORILLO, Andrea, “La responsabilidad médica por los diagnósticos preconcepcivos y prenatales. Las llamadas acciones de *Wrongful birth* y *Wrongful life*”, op.cit. p. 416.

³³⁴ DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo, “Diagnósticos genéticos y prenatales y responsabilidad (Parte I)”, op. cit. pp. 109-110; GALÁN CORTÉS, Julio, *Responsabilidad civil médica*, op.cit. pp. 425-426.

a) La interposición conjunta de las acciones “wrongful birth” y “wrongful life”

Estas demandas si bien comportan características particularmente distintas deben ser estudiadas en su conjunto a efectos de destacar las similitudes que existen entre ellas, pero así mismo deben diferenciarse aquellas particularidades propias de cada tipo específico de reclamación. Las pretensiones que fundamentan cada una de estas acciones difieren en gran medida y se relacionan con la naturaleza propia de las mismas, pero también resultan perfectamente compatibles debido a que comparten el mismo comportamiento negligente que ocasiona el daño por el cual se solicita una indemnización.

A partir de la conducta médico-asistencial negligente es perfectamente posible vincular desde los fundamentos teóricos de estas reclamaciones la responsabilidad de quien corresponda frente a los padres, así como frente al niño que nace con malformaciones, puesto que se entiende que los efectos de la conducta enjuiciada les afectan a ambos. Esta particularidad que ha permitido a su vez poder efectuar un estudio conjunto de este tipo de demandas, permite que en el marco de una misma reclamación se incorporen ambas pretensiones, es decir, es perfectamente posible la presentación conjunta de acciones “wrongful birth” y “wrongful life” con la finalidad de resarcir los daños que se han ocasionado a partir de una misma conducta a cada una de las víctimas³³⁵, que como hemos mencionado, no atienden a un mismo sujeto.

Por tal motivo, es perfectamente común encontrar infinidad de pronunciamientos judiciales que atienden en el marco de un mismo proceso las pretensiones propias de ambos tipos de reclamaciones, en las cuales resulta posible concederlas conjuntamente, negarlas o solo autorizar alguna de ellas. Estas demandas se manifiestan en este sentido como auténticas pretensiones independientes entre sí, en donde la autorización o concesión de alguna de ellas no implica un condicionamiento en la valoración judicial de la otra³³⁶. De hecho, en la mayoría de los casos se presentan de manera conjunta, existiendo cierta tendencia a conceder las relativas a las reclamaciones “wrongful birth” y negar aquellas referidas a las de “wrongful life”.

Es cierto que con el paso del tiempo en algunos países se ha estimado por prohibir de manera expresa las reclamaciones relativas a las acciones “wrongful life”, tal como sucede en algunos Estados de EE.UU y en Francia³³⁷, lo cual ha aminorado su presentación conjunta, puesto que de antemano es sabido el destino que tendría cualquier demanda que fundamentara sus pretensiones en los postulados propios de estas reclamaciones. Sin embargo, no es posible restarle importancia a las mismas, toda vez que son muy pocas aquellas legislaciones que se han atrevido a tomar esta clase de determinaciones bien porque este tipo de reclamaciones no se han proliferado de manera significativa en la gran mayoría de Estados, bien porque no se ha optado por dicha solución como una alternativa razonable.

³³⁵ DE ANGEL YAGÜEZ, Ricardo, “Diagnósticos genéticos y prenatales y responsabilidad (Parte I)”, op. cit. p. 109. No obstante, existen autores que descalifican esta posibilidad por considerar que con ambas pretensiones se persiguen los mismos objetivos. Por tanto, identifican las reclamaciones “wrongful life” como una alternativa de las reclamaciones “wrongful birth”, pero rechazan la posibilidad de interponerlas de manera simultánea. Véase. CAREY, Kristen, “Wrongful life and wrongful birth: legal Aspects of failed genetic testing in oocyte donation”, *Penn bioethics journal*, 1 (1), 2005, p. 4.

³³⁶ DE WITT ROGERS, Thomas, “Wrongful life and wrongful birth: medical malpractice in genetic counseling and prenatal testing”, *South Carolina Law Review*, Vol. 33, 1982, p. 749.

³³⁷ GIESEN, Ivo, op.cit. pp. 40-41.

La posibilidad de incorporar este tipo de reclamaciones en un mismo libelo no necesariamente imposibilita la presentación separada de estas acciones, así como la presentación diferida de las mismas, puesto que es muy posible que inicialmente solo se haya optado por reclamar los perjuicios sufridos por parte de los padres en ocasión al nacimiento con malformaciones padecido por el niño, y nada se haya dicho o reclamado respecto a los daños sufridos directamente por este, pudiéndose perfectamente efectuar tal reclamación posteriormente. Es de resaltar también aquellos supuestos en donde si bien estas pretensiones de responsabilidad se presentan de manera conjunta, el surgimiento posterior de nuevos elementos de juicio posibilitan la incoación de una nueva demanda de responsabilidad por alguno de estos conceptos³³⁸.

La independencia de este tipo de reclamaciones no se ve conculcada por el hecho de que procedimentalmente sea viable incorporarlas en una misma demanda, asimismo la presentación de alguna de ellas no es requisito *sine qua non* para la existencia de la otra. Es perfectamente posible presentar reclamaciones “wrongful life” en las que en nombre del niño se solicita la indemnización por los perjuicios que se estimen pertinentes sin que anteriormente se haya presentado por parte de los padres en virtud de los mismos hechos reclamación judicial solicitando la indemnización por los daños sufridos por estos. No obstante, no es común la interposición independiente de las reclamaciones “wrongful life” en aquellos eventos en que los padres se encuentran presentes, aun cuando es perfectamente viable que se promuevan en este sentido. Piénsese en el supuesto en el que se interpone reclamación judicial en alusión a las demandas “wrongful life” en donde funge como demandante el niño, solicitando la indemnización a causa de los perjuicios económicos que suponen para este -partiendo de la base de la existencia de un patrimonio económico en cabeza del niño que es el que asumirá estos costos- solventar los gastos extraordinarios relativos a su enfermedad o anomalía con la que se produjo el nacimiento, toda vez que se estima que este se ha llevado a cabo a causa de la conducta médico-asistencial negligente. Lo anterior, debido a que esta indemnización por el detrimento material que suponen los gastos extraordinarios relativos a la enfermedad no ha sido solicitada por parte de los padres, quienes son los que por lo general en el marco de las demandas “wrongful birth” reclaman estas partidas indemnizatorias, toda vez que no se ha incoado ningún tipo de acción a este respecto³³⁹.

³³⁸ En la misma línea parecen ir las consideraciones realizadas por el Tribunal Supremo español. A este respecto señaló en tal oportunidad: “Si como consecuencia de la afectación del menor asintomático en la fecha de la reclamación, este presentase una evolución que se plasmase en cualquier patología derivada de la adrenoleucodistrofia, tendrá derecho él o sus representantes legales a ser indemnizado por aquella, a cuyo fin podrán ejercitar las acciones que estimen convenientes” STS, Sala Tercera, de 10 de mayo de 2007, 3403/2007.

³³⁹ Este tipo de situaciones se han reflejado de manera importante en la jurisprudencia estadounidense. Véase. MARTIN-CASALS, Miquel y SOLÉ FELIU, Josep, “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2006”, op.cit. p. 537. Destacando tal situación, pero decantándose por rechazar la viabilidad de una indemnización aun en estos supuestos. GALÁN CORTÉS, Julio, *Responsabilidad civil médica*, op.cit. pp. 439-440; MACÍA MORILLO, Andrea, *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales. Las llamadas acciones de Wrongful birth y Wrongful life*, op.cit. pp. 458-462; en la misma línea este autor, aun cuando realizando un matiz en donde deja entrever que sería viable conceder indemnización en aquellos casos en donde el niño es huérfano o no ostenta parientes que deban prestarle alimentos. ROMERO COLOMA, Aurelia, “Las acciones de wrongful birth y wrongful life en el ordenamiento jurídico español (especial referencia a la responsabilidad civil médica)”, op.cit. pp. 2577-2579.

Finalmente, es importante destacar que una de las consecuencias más significativas de la posibilidad de presentar conjuntamente este tipo de acciones de responsabilidad se traduce en la celeridad en cuanto a la resolución de las reclamaciones presentadas, en tanto que a partir del análisis conjunto de los hechos resulta perfectamente válido otorgar en el marco de un único proceso judicial una decisión en derecho. De igual manera, se satisfacen los mandatos propios de un principio fundamental del derecho adjetivo, como sucede con la economía procesal, ya que permitir la resolución de dos cuestiones jurídicas en el marco de un procedimiento específico supone para la administración de justicia un menor desgaste de su aparato jurisdiccional.

3. LAS DIFICULTADES DEONTOLÓGICAS DE ACREDITAR LA VIDA COMO UN DAÑO EFECTIVO

En nuestro ordenamiento jurídico, así como en el español, el concepto de daño indemnizable no resulta plenamente delimitado en los términos en que podría inferirse desde la perspectiva de la teoría de la antijuridicidad subjetiva, en donde se configura el instituto de la responsabilidad civil a partir de un principio de tipificación de hechos generadores de responsabilidad, sino que resulta más propio de un sistema de clausula general que, por el contrario, parte de un principio de atipicidad de los hechos que pudieran ser catalogados como daños indemnizables³⁴⁰. Ello quiere decir que a diferencia de aquellos ordenamientos jurídicos en donde se parte de una tipificación de los hechos que constituyen en exclusiva auténticos daños antijurídicos, tanto en el ordenamiento jurídico colombiano como español, no existe una lista o un conjunto de supuestos que integren el contenido de estos daños indemnizables, sino que la inclusión de los mismos depende del cumplimiento de una serie de criterios de orden constitucional y legal que la justifiquen. La dificultad que esto encierra, se refiere a que no siempre resulta fácil determinar qué hechos o supuestos pueden ser catalogados como daños antijurídicos, máxime si se trata de supuestos que anteriormente no eran considerados indemnizables pero que con el paso del tiempo y el acaecimiento de determinadas circunstancias pueden estar llamadas a integrar este elemento de la responsabilidad civil.

Los presupuestos fácticos sobre los cuales se asientan las reclamaciones que en el marco del presente trabajo nos encontramos analizando parten de la existencia de un nacimiento no deseado, en donde es posible que este deseo de rechazo por la nueva vida se manifieste desde un principio o que surja a raíz de la existencia de determinadas circunstancias concurrentes que modifican ese deseo inicial de tener descendencia. Se estima que los efectos de dichos nacimientos ocasionan una serie de cargas, tensiones, dificultades e, incluso, problemas a los que deben hacer frente los padres, y que probablemente se hubieran evitado de no haber mediado negligencia en el actuar médico, es decir, de haber actuado diligentemente el profesional de la salud no se habría llevado a cabo el nacimiento del niño.

Es indudable que estos fundamentos teóricos pasan por señalar como elemento distintivo, el nacimiento no deseado, teniendo en cuenta que en las reclamaciones “wrongful conception” en todo momento se quiso eliminar la posibilidad de un eventual

³⁴⁰ Véase el análisis que a este respecto realiza este autor. MEDINA ALCOZ, Luis, op.cit. p. 162; VICENTE DOMINGO, Elena, “El Daño”, *Tratado de Responsabilidad Civil*, Aranzadi S.A, 3ª edición, Elcano, 2007, pp. 253-254.

nacimiento, mientras que en las reclamaciones “wrongful birth” y “wrongful life”, la disconformidad nace a partir del hecho de que el feto tenga malformaciones; es decir, no es posible aseverar que la concepción y el eventual nacimiento de un niño sano no hayan sido deseados en un principio. Adicionalmente, la identificación del daño inevitablemente se encuentra relacionada con el inicio de la vida o la vida misma, de hecho, este suceso natural funge como el presupuesto primordial para la existencia de las reclamaciones que nos ocupan, lo cual supone enormes dificultades a la hora de determinar cuál puede ser el daño indemnizable.

Estimamos que las dificultades a este respecto pueden ser clasificadas desde dos grandes perspectivas, es decir, desde dos corrientes ideológicas que suponen en lo que respecta a la determinación de los daños indemnizables los principales obstáculos para la aceptación de este tipo de reclamaciones. Por una parte, la línea argumentativa que basa sus consideraciones en que el nacimiento y la vida misma no puede ni debe constituir un daño sino un beneficio³⁴¹, lo que supone grandes dificultades para la aceptación de estas reclamaciones. Así mismo, se estima que tampoco resulta posible identificar o caracterizar como daño no ya el inicio de la vida sino las circunstancias o situaciones independientes del nacimiento pero que guardan una relación causa-efecto con el mismo, pues se entiende que dicha relación o conexidad resulta suficiente para negar la identificación de un perjuicio en estas situaciones o circunstancias que surgen como consecuencia³⁴². Por otro lado, existe la corriente argumentativa que entiende que calificar la vida como un daño indemnizable aun cuando se trate de una vida discapacitada, supondría necesariamente reducir el valor de la misma, relativizar su contenido, desconocer su posición privilegiada en el ordenamiento jurídico³⁴³. Dicho de otra manera, se estima que la consideración de la vida de una persona como daño para la otra, supone un atentado en contra de la dignidad de aquel, disminuye el valor de su vida respecto de quien la califica como un detrimento, máxime si a efectos de tasación se tienen en cuenta los costos que genera la existencia de un niño, pues se estaría cosificando de manera irrazonable un bien jurídico que se supone goza de máxima protección.

La concepción moral, los valores sociales y las costumbres éticas y religiosas propias de una comunidad determinada son algunos de los elementos que caracterizan la vida de una sociedad. Adicionalmente, estos pueden constituir en determinadas circunstancias un factor importante a la hora de interpretar el derecho, a la hora de cumplir con los mandatos de actuación propios de los principios constitucionales y legales, y, por ende, a la hora de determinar cuál podría ser el contenido de aquellos daños que se estimen antijurídicos o indemnizables. Esto refleja la existencia de una relación intrínseca existente entre los elementos característicos de una sociedad y las normas que le son aplicables, lo cual explica de algún modo que aquellas sociedades más liberales tiendan a adoptar normativas y determinaciones legales que resulten insospechadas para otras sociedades de tinte más conservador, tal como suele suceder

³⁴¹ DOBBS, Dan, op.cit. pp. 798-800; ROMERO COLOMA, Aurelia, “Las acciones de wrongful birth y wrongful life en el ordenamiento jurídico español (especial referencia a la responsabilidad civil médica)”, op.cit. p. 2572.

³⁴² Véanse las consideraciones de estos autores en donde es posible identificar el rechazo a este intento de separar el daño del hecho del nacimiento. LANKERS, Winifred y PICKER, Eduard. Citado por, MACÍA MORILLO, Andrea, *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales. Las llamadas acciones de Wrongful birth y Wrongful life*, op.cit. p. 341.

³⁴³ En general, la mayoría de la doctrina y jurisprudencia internacional apuntan en este sentido.

con las normativas relativas al aborto, la regulación de los matrimonios homosexuales, la existencia de normativas respecto de la utilización del diagnóstico genético preimplantacional, e, incluso, la existencia de normas o pronunciamientos judiciales que reconocen las reclamaciones propias de las acciones “wrongful conception”, “wrongful birth” o “wrongful life”.

No obstante, es consustancial a la naturaleza del derecho la permanente actualización del mismo de conformidad con las circunstancias actuales que rodean una sociedad determinada, de manera tal que los avances tecnológicos y científicos que influyen de manera directa y proporcional en la ciencia médica no pueden ser ajenos al ejercicio del derecho, y, más concretamente, al Derecho de daños, en tanto que resultaría ilógico que un profesional de la salud que cuenta con los elementos idóneos y las herramientas suficientes para desempeñar su labor no se le exija el comportamiento que se estima adecuado en cuanto al uso de aquellas. Los avances tecnológicos así como han otorgado nuevos conocimientos y alternativas también han elevado el grado de responsabilidad del profesional médico, lo cual resulta completamente lógico y equitativo. Ha sido precisamente esta situación la que ha colocado sobre la mesa la consideración de vincular la responsabilidad de quien corresponda aun cuando sea el nacimiento o la vida misma el hecho que se perfila como el fundamento fáctico primordial a partir del cual se realizará el análisis jurídico.

Las dificultades a este respecto surgen cuando no existe correspondencia entre las normas jurídicas aplicables a una sociedad o, más claro aún, entre la aplicación o interpretación de las normas jurídicas por parte de los jueces o tribunales, y las nuevas circunstancias que rodean una sociedad; en gran parte gracias a la existencia de concepciones de tinte excesivamente moralista y deontológico que permean en la conciencia de los jueces. Esta situación explica el por qué este tipo de reclamaciones no suelen ser aceptadas desde un principio sino que necesitan de un periodo de adaptación para el efecto, lapso que incluso en determinadas sociedades no resulta útil pues se evidencia un absoluto rechazo a los postulados teóricos de este tipo de demandas. Es precisamente en esta tesitura en donde se manifiesta el conflicto de no fácil resolución existente entre la evolución y los avances tecnológicos, que determinan una nueva realidad que no puede resultar indiferente a la luz del ordenamiento jurídico, y la moral, las convicciones religiosas y las concepciones éticas propias de una comunidad determinada, las cuales son las que se perfilan como el principal obstáculo en la identificación del daño indemnizable.

Así las cosas, el cuestionamiento que surge a este respecto se traduce en el interrogante relativo a qué tanta eficacia deben ostentar estos argumentos de connotación moral, ética y religiosa en el marco de la responsabilidad resarcitoria. Cuál debe ser el peso que debe otorgárseles a ellos?³⁴⁴ Es evidente que la respuesta a estos interrogantes nos podría conducir a la solución del conflicto enunciado, sin embargo, es claro que no ha existido un interés en desarrollar una solución a este respecto o, al menos, no interesa confrontar de manera directa este tipo de argumentos de origen netamente deontológicos.

³⁴⁴ Es de destacar el uso que la jurisprudencia estadounidense ha hecho respecto de este tipo de argumentos. Véanse los casos. *Gleitman v. Cosgrove*, 227 A.2d 689 (1967); *Berman v. Allan*, 80 N.J. 421, 404 A.2d 8 (1979); *Becker v. Schwartz*, 46 N.Y. 2d 401 (1978). En Alemania, las líneas jurisprudenciales sostenidas tanto por el BGH como por el Tribunal Constitucional Federal (Bundesverfassungsgericht) respecto del estudio de este tipo de reclamaciones, coinciden en rechazar cualquier posibilidad de identificar en la vida, el daño antijurídico.

Confiar en estos argumentos la determinación de los hechos generadores de responsabilidad implicaría crear las condiciones para que el derecho resulte indiferente a las circunstancias propias de la nueva realidad social que experimenta cualquier comunidad, que hablemos de un derecho estático, netamente convencional, y que resulte contrario a los principios en los cuales el Estado se edifica, pues es evidente que los mismos constituyen auténticos mandatos de optimización que no podrán ser satisfechos a través de un derecho que no resulta dinámico ni acorde con las circunstancias que rodean la sociedad.

3.1 Papel que juegan los valores y principios constitucionales en el marco de estos argumentos

La indeterminación de estas concepciones de orden moral, ético y religioso generan objeciones adicionales a las anteriormente señaladas. No resultaría acertado hablar de la existencia de una uniformidad en lo referente a la adopción de estas consideraciones de tinte deontológico, al menos no en los países de corte occidental, pues es probable que las consideraciones de un sector de determinada comunidad social no estén muy acordes con estos, lo que sugiere la inexistencia de un acuerdo unánime en cuanto a la adopción de los mismos y, por tanto, la dificultad de hablar de una concepción moral o ética definida.

Ello muchas veces lleva a la idea de que no es posible hablar de un consenso social a este respecto sino de que se trata de opiniones personales que se califican como propias de una tendencia más o menos mayoritaria pero que de ninguna manera reflejan unanimidad. En este sentido, surge la necesidad de señalar que existen principios o valores constitucionales que reflejan en alguna medida consideraciones éticas o morales en las cuales sí es posible hablar de consenso social. Así, la protección constitucional al bien jurídico vida como valor supremo del ordenamiento jurídico, mas no absoluto; y la protección constitucional al derecho a la dignidad humana desde su triple consideración³⁴⁵ (la prohibición de la pena de muerte, torturas o castigos crueles, inhumanos y degradantes), constituyen ejemplos claros de un fiel reflejo de estas concretas concepciones éticas y morales en el ordenamiento jurídico. No obstante es necesario destacar, que esto no constituye la regla general, más bien constituye una excepción a este respecto, pues solo aquellos valores éticos y morales con pleno asentamiento social, que dicho sea de paso se caracterizan por ser escasos, son los que resultan incorporados en el ordenamiento jurídico. En estos casos, resulta forzoso concluir que solo ostentan relevancia jurídica aquellas concepciones metajurídicas que han sido incorporadas en el cúmulo de valores y principios constitucionales.

En atención a lo anterior, estimamos que una eventual consideración de la vida como daño en el marco de las reclamaciones que estamos estudiando no lesiona necesariamente los valores y principios constitucionales, tal como la mayoría de los autores defienden. Tales argumentos se encuentran dirigidos más que todo a proteger la consideración ideal del bien vida, se tratan de argumentos de orden social, ético y moral que no se encuentran incorporados en el ordenamiento jurídico -principios o valores constitucionales-, pues la protección que efectúa el mismo respecto del bien vida se

³⁴⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-881/2002, de 17 de octubre de 2002, M.P. Dr. Eduardo Montealegre Lynett.

dirige a la preservación real y material de ella. Es decir, a la conservación material de la vida misma y no a la entelequia de proteger una concepción ideal (absoluta) de la vida. Incluso, en lo que respecta a su preservación real y material, la mayoría de ordenamientos jurídicos suelen relativizar dicho bien jurídico, estableciendo circunstancias en donde es posible atentar en su contra, v.gr., los casos de legítima defensa, estado de necesidad, cumplimiento legítimo de un deber, entre otros. Ello no implica que se desconozca el valor o importancia del bien vida, sino que se entienda este como un bien supremo mas no como un bien absoluto, es decir, que se admita en determinadas circunstancias la posibilidad de modularlo frente a otros bienes jurídicos con los que se encuentra en conflicto³⁴⁶.

Así las cosas, los argumentos relativos a que la vida debe constituir un beneficio y no un daño, y aquel que afirma que se reduce el valor de la vida cuando estimamos que la existencia de una persona supone un daño para la otra, constituyen argumentos de tinte netamente moral que no se reflejan en la protección que realiza el ordenamiento jurídico de dicho bien supremo. Dicho de otra manera, la identificación en determinadas circunstancias de un daño en el hecho del nacimiento o a la vida misma, no implica *per se* una violación a las normas de carácter constitucional y legal, al contrario, podría significar el otorgamiento de mayores garantías para asumir una vida que dadas las circunstancias podría ser difícil sobrellevar, tanto para los padres como para el niño. En efecto, resulta evidente que la concesión de una indemnización a este respecto más allá de tener un efecto perjudicial, brindaría los elementos y herramientas necesarias para disfrutar de una vida con mayores expectativas, ganas, e ilusiones, que aquella que además de enfrentar las dificultades propias de un nacimiento que dadas las circunstancias puede ser en ocasiones traumático y aflictivo, debe asumir sin más las dificultades económicas que podría demandar la vida en dichas circunstancias. Sin lugar a dudas, en el primero de los casos se garantiza en mayor medida la existencia de una vida digna y se toma en cuenta la situación afectiva y moral que podrían padecer los afectados.

En suma, estos argumentos de tinte ético, moral y religioso mas no jurídicos, son la gran piedra en el camino de las reclamaciones que dentro del presente estudio hemos querido desarrollar. No constituyen estos, a nuestro juicio, argumentos óptimos y suficientes para justificar el rechazo de estas reclamaciones de responsabilidad, pues como hemos tenido la oportunidad de señalar aunque de manera sumaria, no son auténticos argumentos jurídicos o de tinte normativo que son los que en alguna medida pueden justificar su rechazo. Por el contrario, estimamos que la realidad social ha hecho patente la necesidad de identificar nuevos daños que de antaño resultaban insospechados, situación que no es más que una consecuencia directa de la naturaleza dinámica inherente al derecho de responsabilidad.

No obstante, lo anterior, estimamos necesario efectuar un análisis más detenido en lo concerniente a estas teorías de tinte metajurídico que buscan obstaculizar la

³⁴⁶ Esta postura también ha sido defendida por algunos autores. MACÍA MORILLO, Andrea, *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales. Las llamadas acciones de Wrongful birth y Wrongful life*, op.cit. pp. 330-336 y 447-455; ROMERO COLOMA, Aurelia, “Las acciones de wrongful birth y wrongful life en el ordenamiento jurídico español (especial referencia a la responsabilidad civil médica)”, op.cit. p. 2572; GALÁN CORTÉS, Julio, *Responsabilidad civil médica*, op.cit. p. 439. De hecho, este autor también realiza algunas consideraciones en este sentido, aunque matiza su exposición destacando la enorme subjetividad del daño.

identificación del daño en el hecho del nacimiento o la vida misma, independientemente de las circunstancias en que se produzcan.

3.2 Teorías relativas al rechazo a considerar la vida como un daño indemnizable

En consonancia con lo anteriormente comentado existen un sinnúmero de líneas argumentativas que se oponen de manera categórica a cualquier intento de identificación de un daño tanto en el nacimiento o en la vida misma como en las circunstancias o situaciones que surgen como consecuencia directa de aquellas, pues entienden que en estos últimos casos, aun cuando el daño no se identifica precisamente en el nacimiento o el hecho de vivir, este ni siquiera puede ser considerado como la causa directa de un perjuicio.

A continuación, analizaremos algunas de las teorías que hemos estimado más determinantes a este respecto y que identifican la determinación del daño indemnizable como la principal dificultad que encierran este tipo de reclamaciones de responsabilidad.

3.2.1 Argumentos que defienden el inicio del curso de la vida como un bien y no como un perjuicio

Estas corrientes argumentativas nacen en el seno de las reclamaciones “wrongful conception”, en parte debido a que estas, tal como tuvimos la oportunidad de analizar, iniciaron su aparición de manera mucho más temprana que las demás, por lo que estas objeciones surgieron como una fuerte oposición y resistencia a la postulación de la vida como un daño antijurídico³⁴⁷.

Desde esta concepción ideológica se estima que el nacimiento de un niño es en todo caso y en cualquier circunstancia una bendición y un motivo de alegría y satisfacción para los padres, un beneficio que se predica aun en aquellas circunstancias en que el nacimiento se produce con algún tipo de discapacidad³⁴⁸. Se parte de la idea de que la vida es un milagro divino por la que hay que agradecer en absolutamente todos los casos, y que resulta acorde con el principio de que toda vida humana es preciosa y no podría ser la base o el fundamento de un daño indemnizable. Desde esta misma perspectiva, se considera que aceptar el estudio de cualquiera de estos tipos de acciones implicaría efectuar juicios de valor sobre la vida misma, estimando que esta clase de apreciaciones o elucubraciones no le corresponden a los tribunales judiciales sino que se encuentran inmersas en la filosofía y la teología, por lo que es la comunidad, y, más concretamente, la sociedad en general quienes deben ofrecer una solución a este respecto.

Estas consideraciones también se han venido utilizando en las reclamaciones “wrongful birth” y “wrongful life”, pues son perfectamente trasladables a ellas, ya que en ambos casos es la vida la que se estima como el fundamento o base de la demanda de responsabilidad. En estos supuestos, el niño que nace con malformaciones no puede constituir un daño, ni aun aquellas situaciones o circunstancias que surgen como consecuencia del nacimiento, como puede suceder con el dolor o aflicción que

³⁴⁷ Alguno de estos primeros casos los podemos encontrar en la jurisprudencia norteamericana. Véanse. Christensen v. Thornby, 255 N.W. 620,622 (1934); Shaheen v. Knight, 11 Pa. D. & C.2d 41 (1957).

³⁴⁸ MURAT, Pierre, “Wrongful life a la française”, *Jurisclasseur périodique, Droit de famille*, 1996, p.282.

experimentan los padres por ver el estado de salud de su hijo, los gastos extraordinarios que demanda el hecho de mantener un niño discapacitado y que suponen un detrimento en el patrimonio, o el dolor o aflicción moral que padece el niño por verse en determinado estado de salud. Se entiende que todas estas desavenencias y afectaciones son completamente superadas y compensadas por el beneficio que proporciona el placer de una nueva vida, por la alegría y emoción incalculable que supone el solo hecho de ser padres, y porque el solo hecho de existir supone un privilegio por el que solo resta agradecer.

Es posible afirmar que en los supuestos propios de estos tipos concretos de reclamaciones, en donde el nacimiento se lleva a cabo en circunstancias de discapacidad, el argumento del beneficio de la paternidad y la santidad de la vida pierde un poco de fuerza si se entra a valorar que en no todas las ocasiones la vida es precisamente un privilegio o un beneficio. Admitiendo que en todos los casos constituya un privilegio, este no anularía los efectos perjudiciales que una vida discapacitada podría ocasionar, máxime si tenemos en cuenta aquellas circunstancias en las que resulta evidente el sufrimiento permanente y desgarrador que sufren tanto los padres como el niño día con día. Sin ánimo de entrar en el marco de discusiones éticas o religiosas que no nos corresponden, es evidente la existencia de un sufrimiento abismal y perturbador en estos concretos supuestos, lo que indudablemente lleva a poner en duda la máxima metajurídica de que “la vida en todo caso constituye un beneficio”, pues es claro, que atendiendo a determinadas circunstancias no resulta del todo cierto.

La jurisprudencia estadounidense tal como hemos tenido la oportunidad de analizar efectúa una aplicación interesante de este tipo de argumentos, por lo que hemos querido citarla como ejemplo. En cuanto a las reclamaciones “wrongful conception”, la aplicación de estas concepciones resulta significativa, de hecho se estima que la existencia de una vida sana no puede constituir un daño sino un privilegio y un beneficio, lo que han denominado como “la doctrina de la bendición”³⁴⁹. Esto ha llevado a rechazar este tipo de reclamaciones en no pocas ocasiones, pero también a ubicar el daño indemnizable en otro tipo de situaciones que no se corresponden con el nacimiento en sí mismo, v.gr., aquellos gastos médicos prenatales y postnatales en virtud del proceso de embarazo de la mujer. Dejando de manera excepcional la puerta abierta -principalmente en aquellos casos en donde se manifiestan dificultades económicas importantes para asumir los gastos de manutención del niño- a la concesión de indemnizaciones que busquen resarcir el perjuicio patrimonial que supone para los padres educar y alimentar a un niño; limitadas en todo caso a la regla de la *offset rule*, es decir, reduciendo el monto indemnizatorio en atención a que se entiende que si bien el beneficio de la paternidad no compensa en su totalidad el daño padecido, sí que es llamado a tenerse en cuenta en la tasación del mismo. Por otra parte, en lo que tiene que ver con las reclamaciones “wrongful birth” y “wrongful life” no se suelen aplicar estos argumentos –santidad de la vida, doctrina de la bendición-, al menos en lo que respecta a la jurisprudencia que reconoce este tipo de demandas, en tanto que se estima que ningún beneficio propio de la paternidad supera los efectos producidos por el nacimiento de un niño con graves discapacidades cuando este haya sido consecuencia del actuar negligente del profesional de la salud. Lo curioso es que tampoco es común que se aplique la *offset rule* en estos supuestos con la finalidad de que se experimente una reducción en la indemnización.

³⁴⁹ Ver los casos. Christensen v. Thornby, 255 N.W. 620, 622 (1934); Shaheen v. Knight, 11 Pa. D. & C.2d 41 (1957). Y en el marco de las reclamaciones “wrongful birth” y “wrongful life” se hizo uso de este tipo de argumentos en el referido caso Gleitman v. Cosgrove, 227 A.2d 689 (1967).

Como hemos podido comprobar, estos tribunales no identifican el daño en el nacimiento o vida discapacitada, sino en otras circunstancias que surgen como consecuencia de ellas, lo que refleja que en realidad cuando se conceden indemnizaciones en el marco de este tipo de acciones no se están confrontando de manera directa los postulados teóricos primordiales de estos argumentos (la vida en sí misma no puede ser un daño indemnizable), sino solo aquellos que se relacionan con la prohibición de identificar también como daños indemnizables los supuestos que surgen como consecuencia del nacimiento. Ello quizás explique el que las reclamaciones “wrongful life” no suelen ser aceptadas en las mayorías de los Estados de aquel país y en todos los ordenamientos jurídicos en general, ya que atendiendo a que en estos casos es el niño el que solicita la indemnización, es más complicado establecer una separación entre la vida misma y el daño.

Independientemente de lo anterior, es importante manifestar que esta línea argumentativa es una de las que mayoritariamente se utiliza a efectos de rechazar las reclamaciones objeto de estudio. La mayoría de los autores y tribunales que optan por negar estas acciones de responsabilidad coinciden en argumentos relativos a la santidad de la vida, la ausencia de un interés jurídico tutelable, la vida como un beneficio y privilegio que solo otorga alegrías aun cuando se manifiesten circunstancias que puedan resultar adversas, entre otras más. De hecho, en nuestro ordenamiento jurídico y en el de la gran mayoría de los demás países de latinoamérica, son precisamente estas consideraciones específicas de orden moral las que constituyen uno de los principales obstáculos para la consolidación de estas reclamaciones, por lo cual el papel que está llamado a efectuar la jurisprudencia en este sentido como defensor de ese dinamismo que debe existir en el derecho es significativamente importante, es decir, resulta necesario que los encargados de administrar justicia se abstraigan de ese cúmulo de concepciones de orden metajurídico y atiendan a la realidad social que se manifiesta. Tanto ha sido la influencia de esta ideología de orden ético, religioso y moral que ni aun en aquellos casos en los que se conceden indemnizaciones al niño afectado con malformaciones se identifica el daño indemnizable en la existencia en sí misma del niño, ubicando dicho perjuicio en hechos o circunstancias que surgen como consecuencia directa de la vida discapacitada.

Un ejemplo interesante a este respecto lo podríamos encontrar en un fallo del Tribunal Supremo de los Países Bajos (Hoge Raad)³⁵⁰ en la que en virtud de una demanda interpuesta por los padres en nombre propio, (“wrongful birth”) y de su hija (“wrongful life”), se concedió indemnización a ambos tanto por los daños morales sufridos como por los perjuicios patrimoniales. En definitiva, el Tribunal indemnizó los gastos ordinarios y extraordinarios de manutención de la niña, el daño inmaterial como consecuencia de la violación al derecho a la autodeterminación de los padres, y los daños morales relativos al dolor y aflicción que habría de padecer la niña por vivir en circunstancias de discapacidad. En este orden de ideas, el Tribunal al valorar la reclamación “wrongful life” señala que la hija no ostenta ningún derecho a no existir, que este no constituye un interés jurídico tutelable, y que la indemnización no se concede porque se estime que la no existencia sea una alternativa más beneficiosa que la existencia con graves malformaciones o enfermedades, sino que cualquier persona que nazca en estas condiciones tiene un derecho a ser indemnizado cuando a causa del actuar

³⁵⁰ Tribunal Supremo de los Países Bajos (Hoge Raad), de 18 de marzo de 2005, nederlandse jurisprudentie 2006, 606. Este fallo también es destacado por algunos autores. Véase. GIESEN, Ivo, op. cit. p. 39.

negligente de un tercero se ha menoscabado su bienestar. Si se analiza con atención las consideraciones jurídicas del tribunal holandés aun en los casos en que concede indemnización por los daños sufridos por el niño discapacitado, no ubica el perjuicio en el mero hecho de vivir sino en los daños morales que este sufre a causa de la vida con malformaciones. Dicho de otra manera, el tribunal judicial, a mi juicio con buen criterio, identifica el daño no ya en el hecho de vivir sino en el dolor o sufrimiento que se estima que padece el niño por verse en dichas circunstancias, es decir, separa el daño de la vida discapacitada en sí misma. Análisis que ha sido descalificado por la mayoría de autores, quienes consideran que dicha teoría de la separación, que analizaremos con mayor detenimiento posteriormente, no resulta posible en las reclamaciones “wrongful life”, toda vez que es difícil identificar el daño antijurídico en otro hecho que no sea la vida discapacitada, pues de no haber mediado el actuar negligente no habría existido el niño, es decir, no cabía la posibilidad de nacer en óptimas condiciones, sino solo la no existencia, lo que lleva a considerar que al solicitar el niño una indemnización a causa del nacimiento defectuoso correlativamente está reprochando el hecho de no haber impedido su nacimiento.

3.2.2 La identificación del daño indemnizable en el nacimiento o en el hecho de vivir. Una confrontación directa a la dimensión ideal del bien jurídico vida

Esta corriente argumentativa enfoca sus distintos postulados teóricos a resaltar el grado de significación moral y conceptual que debería ostentar el bien vida dentro del ordenamiento jurídico, a la posición privilegiada de aquel en el marco normativo de un Estado, a la consideración moral que se le ha otorgado a la vida en relación con los demás derechos que también se estiman importantes. En atención a las consideraciones propias de esta línea argumentativa existe una tendencia a otorgar al bien jurídico de la vida el mayor valor, el privilegio de encontrarse en un escalafón superior a los demás derechos que hace que aquel se encumbre como un bien jurídico absoluto. Se parte de la idea de que el ordenamiento jurídico no solo lo protege de aquellos ataques materiales o físicos sino también frente aquellos ataques que se efectúen en contra de su consideración moral, lo que correlativamente implicaría valorar esta concreta concepción social, ética y religiosa –concepción general sobre la dimensión ideal de la vida- como aquellas de las cuales se predica un pleno asentamiento social, lo cual en términos generales resulta cuanto menos dudoso.

La calificación como daño indemnizable de este valor superior es totalmente desestimada por considerar que la vida muy por el contrario de poder ser catalogada como un detrimento o perjuicio constituye el bien jurídico superior ante el cual todos los demás derechos deben ceder, por tanto estimar la vida como una desgracia o un hecho desafortunado lesiona la dignidad del ser humano y atenta en contra de esa consideración moral que asumen protege el ordenamiento jurídico. Podría decirse que quienes sostienen esta línea argumentativa incorporan al ordenamiento jurídico, así como a los principios y valores constitucionales, la concepción moral, ética y religiosa relativa a que el hecho de vivir sea en las circunstancias que sea constituye un milagro, una bendición por la cual solo resta agradecer. Entienden que el respeto a la vida en estos términos implica la absolutización de tal valor, la superioridad incuestionable del bien jurídico vida, la imposibilidad de relativizarla bajo ninguna circunstancia. En definitiva, supone que esta concepción goza de un asentamiento social que se traduce en un acuerdo unánime.

En términos generales, no solo se busca proteger el contenido real o material de este bien jurídico sino que además se le otorga una importancia vital a la consideración ideal que se estima debe necesariamente tener aquel. Involucran principios y valores constitucionales como instrumentos que se perfilan en este mismo sentido y, por tanto, supuestamente protegen la concepción que estiman ideal, prescindiendo de la posibilidad de que el valor subjetivo que se le otorgue a la vida pueda ser sustancialmente distinto según las personas y entorno social que lo someta a su consideración. Por tanto, estimamos que esta corriente argumentativa tiene como finalidad en sí misma, imponer un carácter absoluto al bien jurídico vida, el cual imposibilita cualquier clase de enfoque negativo que se le pueda efectuar³⁵¹.

Pretender acoger estas consideraciones sin ningún tipo de desconfianza es cuanto menos arriesgado, toda vez que la concepción moral de la vida o la valoración que de la misma se tenga puede variar conforme a cada quien, conforme a cada sujeto que asuma una consideración en ese sentido, por lo que resulta dudoso estimar que existe al menos sobre este aspecto en concreto un asentamiento social. Por el contrario, señalar la vida como un valor supremo que debe gozar de la protección suficiente pero no ya desde aquel aspecto relativo a su consideración moral o ideal sino desde su perspectiva física o material sí constituye una concepción que goza de pleno asentamiento social, lo cual se ve reflejado en que dicha protección se hace efectiva con la incorporación de estos valores sociales en los principios y valores constitucionales. Valga destacar que aun desde esta perspectiva suelen admitirse circunstancias en las que se excepciona dicha protección por cuanto se considera que existen otros bienes en juego que en el asunto en concreto gozan de mayor trascendencia³⁵².

4. LA IDENTIFICACIÓN DE UN DAÑO RESARCIBLE EN LAS DEMANDAS DE RESPONSABILIDAD OBJETO DE NUESTRO ESTUDIO

La combinación de distintos factores de orden social, científico y cultural han puesto de manifiesto el inconformismo que en el marco de los supuestos propios de estas reclamaciones se ha venido generando. La cuestión relativa a la calificación del bien jurídico vida como un daño ha suscitado un sinnúmero de cuestionamientos que en la mayoría de los casos atienden a concepciones de orden religioso, ético y moral; concepciones que dicho sea de paso desafortunadamente ostentan excesiva influencia en el derecho, por lo que es indudable que identificar en la vida el daño a indemnizar podría constituir un problema con dificultades incalculables, lo cual se podría traducir en un rechazo absoluto a la incorporación de este tipo de reclamaciones al marco normativo de cualquier Estado. No obstante, creemos que el menoscabo real en este tipo de reclamaciones no se identifica en el nacimiento o en el hecho de vivir, ni aun en aquellos casos en que la vida resulta discapacitada, sino que esta constituye la causa próxima de los perjuicios por los cuales realmente se está solicitando una reclamación. Es decir, a pesar de que estimamos perfectamente posible que la vida en determinadas circunstancias pueda ser considerada como un daño en sí mismo, entendemos que en el marco de las reclamaciones aquí

³⁵¹ Parecería ser esta la consideración de este autor, que aunque admite la separación del daño del concreto hecho del nacimiento, rechaza cualquier consideración de la vida como un daño en sí mismo. DE ANGEL YAGÜEZ, Ricardo, "Diagnósticos genéticos y prenatales y responsabilidad (Parte II)", op. cit. p. 152.

³⁵² A este respecto, son interesantes las consideraciones de este autor quien deja entrever como en la actualidad no puede hablarse de la vida como un bien de carácter absoluto. LORENZETTI, Ricardo, op.cit. p. 101.

estudiadas el perjuicio no parte realmente de tal hecho sino de las consecuencias que inevitablemente genera.

Las posibilidades y alternativas que a lo largo de los últimos años nos han brindado la ciencia y la tecnología nos permite crear mayores expectativas en cuanto a la preservación de nuestra salud, en cuanto al mejoramiento de la prestación de dicho servicio, incluso nos permite hacer un uso más eficaz del derecho a la autodeterminación reproductiva, pues el suministro de información a este objeto es cada vez más detallado permitiendo identificar determinadas circunstancias que pueden ser relevantes para tomar una decisión en este sentido. Estas particularidades propias de la evolución de la sociedad inciden de manera determinante en la institución de la responsabilidad civil, en la sensibilidad de justicia latente en cada uno de los miembros de cualquier comunidad, quienes probablemente no seguirán asumiendo una postura de resignación ante la ocurrencia de circunstancias desafortunadas sino que exigirán explicaciones cada vez más documentadas en lo referente a la cuestión. Esto ha puesto de manifiesto circunstancias que como es natural no se habían presentado con anterioridad, lo que se traduce en que se tendrá que hacer frente a nuevas cuestiones de no poco interés que articulen este sentimiento de justicia latente en la sociedad, y los postulados básicos normativos sobre los que se edifica nuestro derecho de responsabilidad civil o patrimonial.

Los distintos cuestionamientos sobre la existencia de un posible daño a raíz de los hechos que dan causa a estas demandas constituyen una de las infinidades de consecuencias que derivan de esta evolución que ha venido experimentando la realidad social. Así, pues, existen perjuicios perfectamente identificables en el marco de los supuestos propios de estas reclamaciones que no hacen referencia al nacimiento o la vida en sí misma, y que constituyen auténticos detrimentos y menoscabos al patrimonio tanto inmaterial como material de los afectados. En este orden de ideas, es posible identificar una separación entre el daño por el cual realmente se reclama y el nacimiento o el hecho de vivir. Es decir, el daño antijurídico nace del acaecimiento de aquellas situaciones o circunstancias independientes que surgen como consecuencia directa del nacimiento o la propia existencia. Lo anterior, no tanto por la imposibilidad de catalogarla como un daño indemnizable, pues tal como hemos venido manifestando creemos que es perfectamente compatible establecer este tipo de consideraciones con los principios y valores constitucionales que sustentan nuestro ordenamiento jurídico, más bien por cuanto estimamos que el perjuicio en sí mismo radica en los efectos o consecuencias directas que produce dicho nacimiento.

De otro lado, es de destacar que la referida separación, que se puede explicar significativamente desde los postulados propios de la teoría alemana de la “Trennungslehre”, facilita en gran medida la implementación de este tipo de reclamaciones de responsabilidad en ordenamientos jurídicos para los cuales las mismas aún resultan desconocidas, así como su afianzamiento incluso en aquellos ordenamientos que han experimentado un desarrollo jurisprudencial y normativo en este sentido. La teoría de la separación ha constituido, a nuestra consideración, la clave primordial en el desarrollo de estas acciones, permitiendo una evolución tanto cuantitativa como cualitativa de la responsabilidad civil, pues resulta evidente que sin la aplicación de aquella difícilmente estaríamos hablando de la concesión de indemnizaciones por parte de los tribunales judiciales en favor de los afectados.

a) La teoría alemana de la separación (“Trennungslehre”)

La identificación del daño indemnizable en hechos o situaciones distintas del nacimiento o la vida en sí misma no constituye una actividad a la que debamos atribuirle su autoría a la jurisprudencia y doctrina alemana, pues desde los primeros años en que estas se empezaron a manifestar en los Estados Unidos es posible identificar cierta tendencia a separar el daño de la vida³⁵³. La necesidad de establecer esta separación ha sido latente desde los inicios de estos tipos de reclamaciones, ya que las mismas se manifestaban como una alternativa significativa que permitía sortear los obstáculos deontológicos que suponía dejar de entender la vida como una bendición para considerarla como un daño o un perjuicio.

En Alemania se profundizó en este enfoque específico, permitiendo a partir de él introducir en su marco normativo, más concretamente, en la jurisprudencia del “Bundesgerichtshof” y de los demás tribunales judiciales las reclamaciones “wrongful conception” y “wrongful birth”. Tal como se mencionó en su momento, la doctrina y jurisprudencia alemana se caracterizó por no establecer mayores distinciones entre ellas considerando que ambas constituían supuestos de nacimientos no deseados, aplicando indistintamente las variadas teorías que en el marco de estas reclamaciones se iban desarrollando. De hecho, así sucedió con la referida teoría de la separación. Desde esta perspectiva, se considera que las erogaciones pecuniarias que suponen la manutención y educación de un niño sea que este se encontrase en condiciones óptimas de salud o en circunstancias de discapacidad, constituyen un perjuicio de orden material para los padres, el cual podría ser perfectamente indemnizado si se acreditan los demás elementos necesarios para la imputación de responsabilidad civil. Es decir, se estima que constituye un detrimento de carácter material el tener que asumir los costes tanto ordinarios como extraordinarios que supone la existencia de un niño, así mismo, desde un principio se identificó como un perjuicio de orden inmaterial, aunque solo a título excepcional, los daños de orden moral que suponían para los padres traer un niño al mundo en condiciones graves de discapacidad. A este respecto es bueno señalar que la teoría alemana de la separación no se caracteriza por identificar los daños morales como perjuicios indemnizables, sino solo aquellos perjuicios de orden patrimonial³⁵⁴, sin embargo, sí han existido casos aunque muy excepcionales en los que la jurisprudencia alemana ha hecho uso de esta doctrina de la separación y ha identificado daños de orden inmaterial en este tipo de reclamaciones³⁵⁵, por tal motivo se suele hacer referencia a la teoría de la “Trennungslehre” para identificar perjuicios de orden patrimonial. Si bien con la aplicación de esta teoría de la separación siguen existiendo obstáculos de orden extrajurídico, ya que el nacimiento constituye la causa próxima del perjuicio que se buscaba resarcir, lo que se considera tanto como identificar el daño en el nacimiento, no es menos cierto que estos perjuicios aunque consecuenciales de la existencia del niño constituyen auténticos hechos o circunstancias independientes de aquel, por lo que de alguna u otra manera no se está confrontando de manera directa esta concepción ideal de la vida que es más propia de la percepción íntima de los seres humanos que de cualquier protección normativa.

³⁵³ Véanse los casos. *Custodio v. Bauer*, 251 Cal. App. 2d 307 (1967); *Troppi v. Scarf*, 31 Mich. App 240 187 NW 2d 511, 514 (1971); *Hackworth v. Hart*, 474 S.W.2d 377 (1971); *Becker v. Schwartz*, 46 N.Y. 2d 401 (1978).

³⁵⁴ Siguiendo esta doctrina. Véanse las sentencias del Tribunal Federal Alemán. BGH de 16 noviembre 1993, *NJW* 1994, p. 788; BGH de 23 de marzo de 1995, *NJW* 1995, p.1609;

³⁵⁵ Véase la sentencia. BGHZ de 11 de mayo de 1971, *NJW* 1971, p.1883.

La teoría de la “Trennungslehre” ha sido acogida por la jurisprudencia internacional y ha constituido el mecanismo a través del cual se han consolidado este tipo de acciones de responsabilidad, quizás en parte porque ha sido precisamente la doctrina y jurisprudencia alemana quienes primero han evidenciado este fenómeno atribuyéndole una nominación específica, aun cuando con anterioridad era posible identificar fallos que optaban por esta alternativa. Independientemente de esto, es posible identificar que la mayoría de los tribunales judiciales de aquellos Estados que han acogido este tipo de demandas suelen adoptar esta teoría de la separación. Resulta común encontrar fallos judiciales que conceden indemnizaciones en el marco de estas reclamaciones negando la identificación del daño en el nacimiento o la vida del niño, afirmando la existencia del daño bien en los perjuicios económicos que suponen los gastos de mantenimiento ordinario o extraordinario del niño bien en los perjuicios morales que supone tanto para los padres como para el niño la vida en circunstancias de discapacidad. La aplicación de esta teoría en la jurisprudencia de los demás Estados no ha traído consigo, como es natural, las limitaciones propias del ordenamiento jurídico alemán en cuanto a la concesión de indemnizaciones por perjuicios morales. Así, el daño es separado del nacimiento o la vida del niño, pero es perfectamente común identificarlo en esa aflicción o sufrimiento que padecen los padres a causa del nacimiento de sus hijos en condiciones de discapacidad, algo totalmente improbable en el marco del ordenamiento alemán, el cual se ha caracterizado por restringir a supuestos excepcionales la indemnización del daño moral.

La aplicación de esta teoría si bien ha permitido una mayor consolidación de este tipo de reclamaciones tanto en Alemania como en la mayoría de los Estados que han analizado la cuestión, no es menos cierto que desde el seno de la doctrina alemana, así como de la jurisprudencia de aquel país, han existido disparidades de criterios a este respecto, en donde aun en estos supuestos es posible seguir evidenciando opiniones que rechazan cualquier identificación de daños indemnizables.

Es necesario destacar que la teoría de la “Trennungslehre” plantea una serie de determinaciones que se han venido criticando desde su formulación en los años 60 con el surgimiento de las primeras demandas “wrongful conception”. Me atrevería a señalar que el centro del debate en este aspecto lo constituyen dos aspectos fundamentales: (i) la concesión de un derecho a indemnización, y el efecto que esto provocaría en la dignidad humana y el bienestar del niño; generando un importante interrogante: ¿Existe lesión a la dignidad humana y a los derechos de los niños con la concesión de un crédito indemnizatorio en estos supuestos? (ii) la determinación de cuál es el daño indemnizable tanto en los supuestos de nacimientos con anomalías o malformaciones genéticas o congénitas como en aquellos casos en donde el nacimiento se lleva a cabo en perfectas condiciones de salud: ¿qué es lo que constituye o debería constituir un daño jurídico indemnizable? el detrimento patrimonial únicamente? o, también, los daños de orden moral por malformaciones en el niño? e, incluso, los costos ordinarios de mantenimiento que surgen tanto en el nacimiento de un niño en óptimas condiciones de salud como cuando este nace con graves malformaciones genéticas o congénitas?

Las dificultades existentes para aplicar la teoría de la separación (“Trennungslehre”) en las demandas “wrongful life” han sido resaltadas reiterativamente por la gran mayoría de los autores que se han ocupado de estas reclamaciones. Prueba de ello, ha sido el hecho de que en la actualidad sean las reclamaciones “wrongful conception” y “wrongful birth” aquellas que gozan de mayor aceptación que las referidas

a las acciones “wrongful life”, pues ante la dificultad de identificar el daño en un hecho que resulte ajeno a la vida en sí misma, se ha optado, a mi juicio irrazonablemente, por eliminar la posibilidad de que el niño sea quien reclame aquellos perjuicios que se estiman puede padecer en razón al comportamiento negligente enjuiciado. Esta postura es la que se ha adoptado por la gran mayoría de la doctrina y jurisprudencia alemana; en donde también hay que señalar que no ha habido muchos pronunciamientos en este sentido, destacándose el particular fallo del “Bundesgerichtshof” de 18 de enero de 1983, al que hicimos referencia anteriormente, en donde se rechazó de manera categórica y casi cerró las puertas a futuras acciones “wrongful life”³⁵⁶. De igual manera se puso de manifiesto la imposibilidad de otorgarle aplicabilidad en este tipo de reclamaciones a la teoría de la “Trennungslehre”, aun cuando las consideraciones jurídicas del tribunal realmente se concentraron en la inexistencia de un deber jurídico en cabeza del profesional médico respecto al niño discapacitado.

No obstante lo anterior, a nuestro modo de ver la teoría de la separación puede ser perfectamente aplicada a las reclamaciones de responsabilidad “wrongful life”. Resulta totalmente irrazonable permitir la concesión de indemnizaciones en favor de los padres, y negársela por exactamente los mismos hechos al niño que padece aflicciones y sufrimientos severos a causa de saberse en las condiciones en que se encuentra y de que nunca podrá tener una vida normal. Si bien las anomalías o malformaciones de orden genético o congénito resultan inseparables de la vida del niño, es decir, nunca existió ni la más mínima posibilidad de tener una vida sana o ausente de anomalías, surgiendo como única posibilidad la no existencia; no es menos cierto que dicha imposibilidad no puede ser óbice para identificar que la conducta negligente del profesional médico fue determinante en el padecimiento del niño, afectación o perjuicio que no debe ubicarse en la vida en condiciones de discapacidad sino en la fuerte aflicción moral y psicológica que experimenta el niño a raíz de esta circunstancia, aun cuando esta se refiera específicamente a su propia vida. Dicho de otra manera, surge una relación de causa-efecto entre la vida discapacitada y el fuerte dolor, aflicción o sufrimiento padecido por el niño, relación en la cual es perfectamente identificable como hecho o circunstancia independiente al hecho de vivir un perjuicio de orden moral o inmaterial.

En atención a lo anteriormente comentado, desarrollaremos la cuestión relativa a cuáles son los perjuicios que estimamos deberían ser indemnizados. Sin embargo, esto lo iremos analizando a lo largo de las teorías que a continuación expondremos y que buscan identificar los daños indemnizables –aplicando la teoría de la separación– que pueden surgir en el marco de este tipo de reclamaciones. De igual manera, a menos que resulte necesario efectuar algún tipo de análisis conjunto, hemos creído conveniente diferenciar en este apartado en concreto las reclamaciones “wrongful conception” y “wrongful birth”, de las de “wrongful life”, a efectos de dotar este estudio de una mayor claridad.

³⁵⁶ BGHZ de 18 enero de 1983, JZ, 1983, p. 447. Véanse las consideraciones a este respecto formuladas en el primer capítulo de este trabajo.

5. ARGUMENTOS QUE NIEGAN LA IDENTIDAD ENTRE EL DAÑO INDEMNIZABLE Y EL NACIMIENTO EN LAS RECLAMACIONES “WRONGFUL CONCEPTION” Y “WRONGFUL BIRTH”

5.1 Teorías no idóneas para calificar los perjuicios allí identificados como auténticos daños indemnizables

5.1.1 Teorías ontológicas de la pérdida de la oportunidad

Hemos acogido en el marco de esta investigación tanto las teorías ontológicas de perjuicio patrimonial como las teorías ontológicas de perjuicio moral relativas a la pérdida de la oportunidad. Estas teorías autonomistas afirman que la oportunidad perdida constituye en sí mismo un menoscabo³⁵⁷, un perjuicio autónomo, el cual resulta totalmente independiente del daño final (la no obtención de la ventaja esperada), es decir, de aquel que pudiera representar la inobtención del beneficio que se esperaba obtener o el daño final que surja como consecuencia de no haber evitado la consecución de un perjuicio específico.

Según los precursores de esta corriente argumentativa la oportunidad favorable con la que se contaba antes de mediar la conducta negligente constituye un bien “in se et per se” susceptible de valoración económica, que según la teoría de que se trate se entenderá integrado al patrimonio material o inmaterial; por tanto, su destrucción o eliminación implicaría necesariamente un daño cierto y efectivo. El daño indemnizable según dicha doctrina consiste en el cese de aquella posibilidad existente de obtener la ventaja deseada aun cuando su cristalización resultare insegura, de manera tal que al eliminar la oportunidad antecedente, inevitablemente dicha ventaja que se esperaba obtener no se llevará a cabo, siempre bajo el entendimiento de que no existe ninguna garantía o seguridad de que de no haber mediado la conducta que inhabilita la oportunidad se hubiera materializado la ventaja³⁵⁸.

Desde esta perspectiva la pérdida de la “chance” se ha configurado como un auténtico daño emergente, en donde la teoría de la pérdida de la oportunidad no funge como una solución a un problema de causalidad, que es como consideramos se debe entender la misma, sino como una teoría que se localiza en el plano de la perjudicialidad, en donde se considera la “chance” perdida como un daño en sí mismo, el cual resulta totalmente ajeno al perjuicio final. Estas teorías se ha venido clasificando por diversos autores en dos grandes grupos que se diferencian en cuanto a la consideración que realizan respecto a la naturaleza del bien que estiman constituye la “chance”. Así, la teoría ontológica de perjuicio patrimonial parte de la base de que la oportunidad perdida es una entidad patrimonial que existía antes de que se cristalizara la conducta negligente, por lo tanto, hacía parte del patrimonio económico del perjudicado. En estos casos se busca indemnizar, no ya la pérdida del resultado deseado, que entre otras razones no resultaba seguro que se pudiera alcanzar, sino la pérdida de ese bien –oportunidad con la

³⁵⁷ Calificando la pérdida de la oportunidad como un nuevo concepto resarcible. Ver. CARRASCO PERERA, Ángel, “La reparación integral del daño y su prueba”, *Derecho de daños*, Sepin, 1ª edición, Madrid, 2011, Ver. pp. 386-387.

³⁵⁸ MEDINA ALCOZ, Luis, *Teoría de la Pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*, Aranzadi S.A, Pamplona, 2007, p. 349.

que contaba la víctima- que se estima constituía propiedad del afectado³⁵⁹. Por otra parte, la teoría ontológica del perjuicio moral parte de la idea de que dicha oportunidad perdida no constituye un bien patrimonial o una afectación a su patrimonio económico, sino una afrenta en contra de su integridad personal, un atentado en contra de sus derechos personalísimos. La “chance” sí constituye un bien individualmente considerado, pero este es de naturaleza inmaterial, hace parte de aquellos bienes jurídicos de la personalidad, de esa esfera íntima e intocable del ser humano³⁶⁰. Por tanto, la frustración de aquella posibilidad de obtener un resultado esperado constituye un menoscabo en sí mismo, un perjuicio extrapatrimonial, un auténtico daño antijurídico.

Circunscribiendo estas teorías en el marco de las reclamaciones de responsabilidad que nos ocupan, hay que señalar que la teoría de la pérdida de la oportunidad ha sido utilizada como una alternativa interesante en la cuestión relativa a la determinación de los daños indemnizables³⁶¹. Es de aclarar que se ha hecho uso de la misma en la gran mayoría de los casos para sortear el obstáculo mayúsculo que supone en los supuestos de “wrongful birth”, el nexo etiológico entre la conducta médica negligente y los daños que surgen como consecuencia del nacimiento discapacitado del niño. En realidad esta teoría no se predica de las reclamaciones “wrongful conception”, pues como hacíamos referencia anteriormente la cuestión relativa a la incertidumbre causal en este tipo de supuestos no reviste mayor dificultad, al menos no desde el punto de vista que parte de la base de que no es posible hablar de certezas sino de probabilidades, las cuales pueden ser muy altas casi rayanas en la certeza, serias y razonables, o bajas o muy improbables.

Resultaría desacertado hacer un uso indiscriminado de la teoría de la pérdida de la “chance”, como acontece cuando esta se invoca en supuestos en los que no se evidencia ningún tipo de incertidumbre causal, bajo la premisa de que no existía la absoluta certeza en lo referente al nexo etiológico entre la conducta negligente y el daño en cuestión, pues es necesario tener en cuenta que no es posible entender nuestra realidad a partir de certezas incuestionables sino a partir de probabilidades que siempre pueden ser sometidas a discusión, algunas en mayor grado que otras³⁶². Por tal motivo, no resultaría consecuente con el principio de justicia material a partir del cual se funda todo Estado de Derecho, otorgar indemnizaciones proporcionales en supuestos en los que resulta alta o bajamente probable que la conducta negligente ostente un nexo etiológico con el perjuicio final. Es precisamente este escenario en el que se desarrollan la mayoría de los supuestos relativos a las reclamaciones “wrongful conception”, en donde se manifiesta de manera clara una certidumbre causal, por cuanto el nacimiento inesperado

³⁵⁹ Es precisamente esta la concepción que parecen manejar estos autores. Ver. TAMAYO LOMBANA, Alberto, *La responsabilidad civil extracontractual y la contractual*, Doctrina y Ley LTDA, 3ª edición, Bogotá, 2009, pp. 63-64; TAMAYO JARAMILLO, Javier, *Tratado de responsabilidad civil*, Legis, Tomo II, 2ª edición, Bogotá, 2007, p. 357.

³⁶⁰ MEDINA ALCOZ, Luis, *Teoría de la Pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*, op. cit., pp. 380-387.

³⁶¹ YZQUIERO TOLSADA, Mariano, “Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1998”, *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, No. 50, abril-agosto, 1999, pp. 537-538. Es interesante esta posición respecto de la viabilidad de esta teoría en el marco de las reclamaciones “wrongful birth”, pues rechaza su aplicabilidad con relación a la madre, pero sugiere que puede ser perfectamente aplicable en favor del padre. Ver. MACÍA MORILLO, Andrea, *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales. Las llamadas acciones de Wrongful birth y Wrongful life*, op.cit. p. 367.

³⁶² Ver las consideraciones de este autor sobre la denominada Teoría Ontológica Radical. MEDINA ALCOZ, Luis, *Teoría de la Pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*, op.cit. pp. 367-370 y 378-380.

se debe con un alto grado de probabilidad a la conducta negligente que en estos casos ha desempeñado el profesional de la salud. Así pues, no es posible hablar de la existencia de una oportunidad seria y real que es el marco de actuación en el que se desarrolla realmente esta teoría de la “perte de la chance”, en tanto que las posibilidades de ocurrencia de un nacimiento de haberse efectuado una conducta diligente resultan sustancialmente improbables.

En lo que tiene que ver con las reclamaciones “wrongful birth” la cuestión es muy distinta, toda vez que en estos supuestos es más verosímil identificar casos de incertidumbre causal. De hecho, como lo analizaremos en su momento, otro de los grandes obstáculos tanto para estas reclamaciones como para las relativas a las acciones “wrongful life”, lo constituye el nexo de causalidad³⁶³.

Los autores que proponen la aplicación de la teoría ontológica de la pérdida de la oportunidad en el marco de los supuestos propios de estas demandas señalan que el daño indemnizable reside en la pérdida de la posibilidad que tenían los padres de evitar los daños que finalmente acaecieron. Es decir, de haber evitado que los padres tuvieran que asumir los costos tanto ordinarios como extraordinarios de manutención del niño -daños patrimoniales-, así como aquellos perjuicios de orden inmaterial que padecen los padres a causa de las condiciones de discapacidad en que aquel se encuentra. En estos supuestos los casos de incertidumbre causal resultan más comunes, por lo que la aplicación de la teoría ontológica de la pérdida de la oportunidad además de estimarse como la más adecuada, funge como una tabla de salvación para enfrentar al mismo tiempo dos obstáculos fundamentales. Por un lado, se identifica el daño indemnizable en la pérdida de esa oportunidad que constituye según esta línea argumentativa un bien patrimonial o extrapatrimonial -según la teoría que se aplique-, apartándose de aquellas dificultades que pueden surgir de relacionar el daño antijurídico con el nacimiento; por otra parte, no es necesario enfrentar las dificultades que en materia de causalidad se podrían presentar en este tipo de supuestos, pues entre la conducta negligente y el hecho relativo a la destrucción de la oportunidad existe un nexo de causalidad plenamente acreditado.

A pesar de la importancia que puede llegar a tener esta teoría en estas reclamaciones de responsabilidad, el enfoque que le han otorgado los precursores de la versión ontológica a esta teoría no resulta el más adecuado, no se relaciona con las finalidades reales por las cuales surge la necesidad de hablar de una teoría de la pérdida de la oportunidad. Sin incidir en la materia que ocupa el capítulo relativo al análisis del nexo de causalidad entre la conducta negligente y el daño indemnizable, hay que señalar que esta teoría debe ser estudiada en el plano de la causalidad mas no en el de la perjudicialidad, es decir, constituye un instrumento o herramienta que aportará soluciones frente a un problema causal pero no surge como un mecanismo que tenga por finalidad en sí misma, identificar un daño antijurídico, como al parecer resulta de las consideraciones esbozadas por estas teorías autonomistas.

Así las cosas, la viabilidad de la referida teoría desde el plano de la causalidad la realizaremos en su momento, aunque sí es posible señalar desde ya, que la aplicación de estas teorías ontológicas han efectuado un enfoque erróneo en lo referente a cuál debería

³⁶³ DE ANGEL YAGÜEZ, Ricardo, “Diagnósticos genéticos y prenatales y responsabilidad (Parte II)”, op. cit. pp. 145-146. NICOLÁS JIMÉNEZ, Pilar, “Consentimiento informado del paciente: algunos casos específicos”, *Estudios Jurídicos en memoria de José María Lidón*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2002, p. 1205.

ser el daño que resulta indemnizable, pues este no se manifiesta en la mera oportunidad perdida sino en el perjuicio final, es decir, en la no obtención de la ventaja deseada, siendo fundamental el porcentaje de probabilidad de cristalización de la oportunidad a efectos de tasar la indemnización que finalmente se debe conceder a este respecto. Por tales consideraciones, no sería posible identificar un daño autónomo en la mera eliminación o destrucción de la posibilidad de evitar aquellos perjuicios finales, en tanto que no resulta prudente calificar la eliminación de dicha posibilidad antecedente como un auténtico detrimento o menoscabo susceptible de conceder un derecho a ser indemnizado. Entendemos que se trata de una situación o circunstancia infortunada que en sí mismo no reúne las condiciones suficientes para identificarlo como un detrimento que a las luces del ordenamiento jurídico resulte indemnizable.

5.1.2 Daño por violación al derecho a ser informado

La relación intrínseca existente entre el deber de información del profesional médico y las reclamaciones objeto de nuestro estudio han creado un escenario propicio para encontrar en la afectación al derecho que tiene todo paciente a ser informado, un daño indemnizable, que resulta totalmente autónomo e independiente.

Como es bien sabido, la existencia de aquellos deberes de información que están en cabeza tanto de los centros asistenciales como de los profesionales de la salud, constituyen el reverso de aquellos derechos que ostenta el paciente a ser informado tanto de aquellas intervenciones o procedimientos médico-quirúrgicos que resulten indicados como de todas aquellas cuestiones que se relacionan directamente con su estado de salud o el del *nasciturus* si se trata de un paciente en estado de gestación. El argumento defendido por esta línea doctrinal estriba en que la inexistencia o el defecto en la información se traduce en un daño en sí mismo, en un perjuicio autónomo de orden inmaterial por atentar en contra de bienes o intereses jurídicos inherentes a la condición humana de cualquier persona³⁶⁴. La relación existente entre este derecho y otros de carácter fundamental (la autodeterminación personal, la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad...), principalmente si nos encontramos hablando en el ámbito médico-hospitalario, ha permitido identificar en la conculcación del primero un daño resarcible.

En el ámbito propio de las acciones “wrongful conception”, la cuestión solo tendría relevancia en aquellos casos en donde la conducta médica negligente se refiere al suministro de información errónea o, en su defecto, a la ausencia de información necesaria. En los demás supuestos no tendría sentido hablar de la existencia de un daño por lesión a un derecho a ser informado pues la conducta médica negligente no se relaciona con este deber de actuación médico-asistencial³⁶⁵. Por su parte, en las reclamaciones relativas a las acciones “wrongful birth”, se identifica el daño no ya en la privación del derecho a la libre procreación del paciente o a la facultad de ejercer libremente la interrupción voluntaria del embarazo, sino en la privación del derecho que ostenta el paciente a ser informado, lo que implica considerar esta situación concreta

³⁶⁴ MARTINEZ-CALCERRADA, Luis, op.cit. pp. 261-263.

³⁶⁵ Ver las consideraciones efectuadas por este autor en donde coloca de manifiesto la importancia del deber de información en aquellos supuestos que dan causa a este tipo de reclamaciones. EMALDI CIRIÓN, Aitziber, op.cit, p. 236. En el mismo sentido. STS, Sala Primera, de 2 de julio de 2002, 4911/2002.

como un daño que puede surgir con independencia del efecto que dicha conculcación lleva consigo, lo cual parece ser dudoso.

Existen determinadas dificultades para aplicar los lineamientos teóricos de esta corriente argumentativa, pero quizás el más grave de ellos es el relativo al carácter autónomo que necesariamente supone la existencia de un daño indemnizable con respecto a la ocurrencia de otro tipo de circunstancias que a nuestros efectos resultan significativamente relevantes. Quienes sostienen la identificación del daño en la lesión al derecho a ser informado, por lo general no identifican el mismo en la privación del derecho a la procreación libre o del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo. En consecuencia, es posible aseverar que se trata de un esquema que resulta paralelo al analizado en el epígrafe inmediatamente anterior, y que busca resarcir en realidad no tanto el hecho de no haber sido informados sino el hecho de que el afectado no haya podido tomar una decisión libre y consciente respecto de sus derechos reproductivos. No obstante, el efecto perjudicial que podría acaecer en caso de adoptar este tipo de postulados teóricos se traduciría en la concesión de indemnizaciones por el solo hecho de no suministrar información al paciente independientemente de las consecuencias o los efectos que dicho actuar omisivo pudiera producir. Esta situación es totalmente inaceptable en el marco de las reclamaciones que nos encontramos estudiando, no tanto porque sea necesario que surjan otro tipo de situaciones que fungan como presupuesto fáctico para las mismas, que de hecho es así —el nacimiento del niño sea en condiciones de malformación o en óptimo estado de salud—, sino porque para que sea relevante la falta de información es importante que se presente la vulneración a la autodeterminación del paciente, es decir, al parecer el daño indemnizable realmente se origina de este hecho en concreto, y no tanto de la violación al derecho a ser informado³⁶⁶. Ante esta situación han surgido algunas consideraciones dirigidas a limitar el carácter autónomo de este daño y han optado por considerarlo resarcible solo en aquellos casos en que produzcan consecuencias dañosas. Dicho de otra manera, la violación al derecho a ser informado constituirá un daño indemnizable, solo en la medida en que su vulneración tenga como efecto directo un perjuicio³⁶⁷. Esta situación también resulta difícil de asimilar pues no se entiende de qué manera dicho derecho a ser informado constituirá un daño indemnizable solo en unos supuestos determinados. Esto no hace sino confirmar que el perjuicio en realidad no se propugna de esta violación sino de aquella consecuencia que se estima dañosa y que es la que en realidad constituye el daño resarcible.

En el marco de las reclamaciones que nos interesan, atendiendo específicamente a los supuestos en donde se pone de relieve el suministro de información a los padres, no creemos que el daño indemnizable se ubique en la lesión al derecho a ser informado, aun cuando sí consideramos que esta vulneración funge como el presupuesto fáctico para la ocurrencia del verdadero daño antijurídico, pero que no necesariamente con la presentación del primero se deba llegar al acaecimiento del segundo. Así, es claramente distinguible, la perturbación o conculcación del referido derecho a ser informado y la privación al derecho a la autodeterminación reproductiva, tanto desde su perspectiva del derecho a la procreación futura como del derecho a interrumpir voluntariamente el embarazo, siendo realmente estas últimas el origen de un verdadero menoscabo que

³⁶⁶ PLAZA PENADÉZ, Javier, op. cit. p. 68; SEUBA TORREBLANCA, Joan, “Comentarios a la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2001”, *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, No. 56, 2001, p. 733.

³⁶⁷ MACÍA MORILLO, Andrea, *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales. Las llamadas acciones de Wrongful birth y Wrongful life*, op.cit. p. 375.

atendiendo a nuestro sistema de responsabilidad civil pueda resultar antijurídico. De hecho, se puede percibir que la mayoría de los autores que defienden esta teoría coinciden en calificar la deficiencia de la información como un daño solo cuando efectivamente se ha producido la privación del derecho a la autodeterminación de los padres. Así las cosas, no es posible aceptar la existencia del daño autónomo que según esta línea argumentativa se pretende defender, y necesariamente debe identificarse este en la privación del derecho a tomar decisiones libres y conscientes en cuanto a sus derechos reproductivos. Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, no es posible catalogar como un daño indemnizable la sola violación del derecho a ser informado.

5.1.3 La existencia de un daño moral como consecuencia del impacto psicológico inmediato que supone tanto el nacimiento inesperado del niño como las circunstancias inesperadas de desagravio en que acaece el nacimiento

La fuerte frustración o angustia que pueden padecer los padres a causa del actuar médico-asistencial negligente se ha afirmado desde distintas perspectivas por variados autores como un daño de carácter inmaterial, concretamente, como un daño moral. Este tipo de situaciones pueden analizarse desde dos grandes ámbitos cualitativamente distintos.

El primero de ellos hace referencia a la angustia o aflicción que experimentan los padres por el acaecimiento sorpresivo que implica un embarazo, pues este puede ocasionar un sinnúmero de consecuencias de distinto orden (familiares, sociales, económicas, profesionales...) provocando fuertes depresiones y preocupaciones que afectan indudablemente la integridad psicofísica de los padres³⁶⁸, incluso, algunos autores hablan de severas angustias al ver que la relación matrimonial se ha deteriorado, ante las dudas sobre la paternidad del hijo³⁶⁹. El segundo ámbito no se refiere a las angustias o preocupaciones derivadas de la existencia sorpresiva de un embarazo, pues atiende a aquellos supuestos en donde el embarazo era deseado. Aquí se hace referencia al nacimiento inesperado de un niño con alteraciones o malformaciones congénitas. En estos supuestos, es el nacimiento de un hijo con malformaciones el hecho que corrige de golpe la percepción equivocada que sobre la realidad ostentaban los padres, es decir, adquieren intempestivamente conciencia de la existencia del falso negativo que impidió que estos pudieran conocer el estado de salud del feto desde el momento en que fuera posible dar cuenta de ello, generando así un impacto psicológico que atenta en contra de la integridad de los padres.

Así las cosas, el daño se genera de manera directa a causa del comportamiento médico-asistencial dando como consecuencia el acaecimiento de un embarazo inesperado o la falta de conocimiento sobre la situación real respecto del estado de salud de los padres o del embrión, según los distintos supuestos de que se trate. El impacto psicológico que experimentan los padres se debe a la confrontación cruda que estos hacen respecto a la realidad, pues desde la percepción que estos tienen de ella no existía indicio alguno que indicara el acaecimiento de un nacimiento no deseado o del nacimiento de un niño con malformaciones. Es importante destacar que esta clase de daños no se hubieran presentado de no haber mediado dicha conducta negligente, independientemente de que el nacimiento no deseado finalmente se hubiera llevado o no

³⁶⁸ VICENTE DOMINGO, Elena, “El Daño”, op.cit. pp. 299-302.

³⁶⁹ LLAMAS POMBO, Eugenio, “Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 1994”, *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, No. 36, 1994, p. 1018.

a cabo, o de que el proceso de embarazo que desde un principio era deseado, de no mediar el falso negativo respecto al estado de salud del feto, se hubiese llevado o no a término. Se atiende a la falta de preparación psicológica que de alguna u otra manera deben asumir los padres frente a cualquier nacimiento, naturalmente en aquellos supuestos en los que el niño nazca con malformaciones dicha preparación no atiende al nacimiento “per se” del niño, pues al resultar deseado se asumen todas las consecuencias que puede generar un proceso de embarazo, sino a las circunstancias de discapacidad, que no solo implican cierto grado de preparación de carácter psicológico sino también de orden económico, en tanto que los gastos o erogaciones pecuniarias se incrementarán para solventar las necesidades extraordinarias del niño en circunstancia de malformación.

En el ordenamiento jurídico colombiano a diferencia del caso español la admisión del daño moral en el sistema de responsabilidad civil tanto en el ámbito público como privado ha gozado a lo largo de los años de un gran grado de aceptación tanto por parte de la doctrina como por la jurisprudencia³⁷⁰. Desde un principio se han reconocido indemnizaciones a causa de la aflicción, angustia o sufrimiento que experimenta la víctima a raíz del acaecimiento de determinadas circunstancias que le afectan directamente, las cuales no necesariamente se circunscriben al acaecimiento de la muerte o de lesiones físicas sino también a raíz de cualquier hecho que por sí mismo genere este sentimiento de sufrimiento o aflicción en el afectado. Prueba de lo anteriormente señalado, lo constituye “el fallo Villaveces” de 21 de julio de 1922, en donde se reconoce por primera vez de manera explícita la indemnización por perjuicio moral³⁷¹, construyéndose a partir de entonces una doctrina en este sentido. Curiosamente en tal fallo el sentimiento de frustración, aflicción y dolor por el cual resulta indemnizado el demandante no se origina en la lesión física o la muerte de algún ser querido, sino en la extracción ilícita de los restos de su mujer que se encontraban depositados en una bóveda de su propiedad. Esta tendencia, podemos decir temprana, a reconocer aquellos perjuicios de naturaleza moral sin duda alguna ha facilitado que en no pocos casos la jurisprudencia colombiana haya incorporado al derecho de responsabilidad civil nuevos daños inmateriales que gozan de total autonomía e individualidad frente a algunos otros. En consecuencia, es posible encontrar el daño a la vida en relación (que se sigue manteniendo tal denominación en la jurisprudencia civil), el daño biológico o daño a la salud, las alteraciones en las condiciones de existencia y el daño moral propiamente dicho (el dolor o sufrimiento tanto físicos como morales padecidos por la víctima)³⁷².

Por su parte, en el ordenamiento jurídico español la aceptación del daño moral se ha visto bastante obstaculizada³⁷³, por un lado, por las dificultades inherentes a estos perjuicios en cuanto a la determinación de su existencia, es decir, la acreditación de la suficiente relevancia dañosa que puede suponer para el derecho tal situación, y, por otro lado, por la dificultad de evaluar económicamente esta clase de perjuicios³⁷⁴,

³⁷⁰ TAMAYO LOMBANA, Alberto, op.cit. p. 68.

³⁷¹ HENAO PEREZ, Juan, op.cit. p. 233.

³⁷² Clasificando de igual manera los dolores físicos como perjuicios morales. TAMAYO LOMBANA, Alberto, op.cit. p.65.

³⁷³ Haciendo énfasis en la resistencia que tradicionalmente ha existido respecto de la indemnización del daño moral. CANO CAMPOS, Tomás, “La transmisión *mortis causa* del derecho a ser indemnizado por los daños no patrimoniales causados por la Administración”, *Revista de Administración Pública*, No. 191, Madrid, 2013, p. 115.

³⁷⁴ FERNÁNDEZ HIERRO, José, op.cit. p. 333. También es de resaltar el caso que trae a colación este autor y la crítica por este efectuada en donde señala, que en ocasiones, se exige una demostración del daño moral demasiado rigurosa, cuando este salta a la vista. Ibid. p. 334-335.

principalmente en el ámbito público, en donde el artículo 139.2 de la LRJPAC (artículo 32, Ley 40 de 2015, de Régimen Jurídico del Sector Público) hace expresa mención a este respecto. No obstante, dicha postura se ha ido flexibilizando por lo que las indemnizaciones por esta clase de perjuicios cada vez se hacen más patentes, aun cuando se siguen percibiendo ciertas restricciones significativas tanto en su reconocimiento como en su cuantificación³⁷⁵. La existencia del baremo legal incluido en la actualidad en el Texto Refundido aprobado por RD Legislativo de 29 de octubre de 2004, modificado por Ley 35/2015, para la valoración de daños y perjuicios causados a las personas en el marco de accidentes de circulación, ha sido de gran ayuda tanto para el reconocimiento de perjuicios morales no solo en el ámbito de los accidentes de circulación sino también en el resto de supuestos, así como para su labor de cuantificación, en tanto que no son pocos los tribunales que se han acogido a las determinaciones allí señaladas para fijar la tasación de los mismos³⁷⁶. Lo anterior, aun a pesar de todas las dificultades que ello conlleva, toda vez que la naturaleza de los daños que se pueden llevar a cabo en el marco de los hechos a los que se refiere la ley no siempre resultan similares a aquellos que se pueden manifestar en cualquier otro ámbito de actuación., v.gr., el sector médico-hospitalario.

Es clara la indeterminación que reviste el concepto de daño moral³⁷⁷, lo cual dificulta a su vez la clasificación de determinados daños en el seno de esta categoría propiamente dicha. Adicionalmente, no se cuentan con los elementos idóneos para efectuar dicha clasificación, por lo que resulta muy común que determinados daños sean considerados según algunos ordenamientos como daños morales, y en algunos otros se opte por una clasificación distinta para los mismos. Un ejemplo de ello lo encontramos con el denominado “daño a la vida de relación”, el cual en la jurisprudencia colombiana (civil), tal como veníamos comentando constituye un daño inmaterial autónomo totalmente independiente de los daños morales. La concepción que ha adoptado tanto la doctrina como la jurisprudencia colombiana en cuanto al daño moral lo describe como el dolor, sufrimiento, congoja o aflicción que padece una persona en su esfera íntima y que resulta compensable pecuniariamente; excluyendo al parecer, de tal subconcepto dañoso aquellas lesiones a la dignidad humana u otros bienes que carecen de entidad material. No queriendo esto decir que la afrenta en contra de estos bienes extrapatrimoniales no resultan daños indemnizables sino que son clasificados como daños inmateriales que gozan de autonomía e independencia respecto de los daños morales. Tal puede ser el

³⁷⁵ Es de sumo interés analizar las consideraciones realizadas por este autor en lo referente a la adopción de criterios de relevancia jurídica. “El Derecho positivo establece en este plano una serie de pautas selectivas en relación con daños de carácter tanto patrimonial como extrapatrimonial. Así, en cuanto a los daños personales (extrapatrimoniales), el *sistema de valoración* de los daños corporales causados en accidente de circulación (...) recoge una serie de criterios de relevancia consolidados previamente en la jurisprudencia (...). Son criterios que, de hecho, se aplican frecuentemente fuera del ámbito del tráfico rodado a la hora de asignar o quitar relevancia resarcitoria a daños personales, también en el ámbito médico-sanitario. Así, por ejemplo, los hermanos del fallecido sufren un inequívoco daño moral por la *muerte* de un ser querido, pero el sistema niega el rango resarcible de ese daño cuando el fallecido deja cónyuge viudo, hijos o ascendientes. De este modo, se establece un criterio de *concentración del perjuicio familiar*, consecuente con los valores constitucionales (art. 39 CE), del que hay otras manifestaciones: Los abuelos del fallecido sufren asimismo un daño moral que, conforme al sistema, es irrelevante a los efectos de la responsabilidad patrimonial cuando el muerto deja cónyuge, hijos o padres; y tampoco los sobrinos, tíos y primos del fallecido reciben una indemnización por daño moral”. MEDINA ALCOZ, Luis, “La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Régimen General y Especialidades”, op.cit. p. 11.

³⁷⁶ Este autor va más allá, y resalta la necesidad de crear un baremo único para toda clase de daños. No obstante, señala que mientras este no exista debe acudir al específico del tráfico rodado. Ibid. p. 15.

³⁷⁷ VICENTE DOMINGO, Elena, “El Daño”, op. cit. p. 273.

caso de aquellas conductas que atentan en contra del derecho a la autodeterminación reproductiva, tal cual como tuvimos la oportunidad de analizarlo con anterioridad. En este aspecto pueden otorgar muchas luces las consideraciones realizadas en sentencia del Consejo de Estado. En la cual señala:

“En consecuencia, la tipología del perjuicio inmaterial se puede sistematizar de la siguiente manera: i) perjuicio moral; ii) daño a la salud (perjuicio fisiológico o biológico); iii) cualquier otro bien, derecho o interés legítimo constitucional, jurídicamente tutelado que no esté comprendido dentro del concepto de “daño corporal o afectación a la integridad psicofísica” y que merezca una valoración e indemnización a través de las tipologías tradicionales como el daño a la vida de relación o la alteración grave a las condiciones de existencia o mediante el reconocimiento individual o autónomo del daño (v.gr. el derecho al buen nombre, al honor o a la honra; el derecho a tener una familia, entre otros), siempre que esté acreditada en el proceso su concreción y sea preciso su resarcimiento, de conformidad con los lineamientos que fije en su momento esta Corporación”³⁷⁸.

En España por su parte, la cuestión no recibe el mismo tratamiento, no podría hablarse de la existencia de un criterio unánime en cuanto a la definición del daño moral³⁷⁹. Así pues, es posible encontrar perspectivas disímiles que de alguna u otra manera definen este subconcepto dañoso e, incluso, puntos de vistas que coinciden en mezclar estas distintas perspectivas y hacerlas características del daño moral³⁸⁰. Por una parte, se define el daño moral como una oposición al daño patrimonial, es decir, se entiende como perjuicio moral todo aquel que no haya menoscabado el patrimonio económico de la víctima. Así mismo, también se suele identificar el daño moral en el dolor, sufrimiento y congoja que afecta la esfera anímica del sujeto y, finalmente, aquella concepción que se refiere a que se entiende por daño moral todo atentado en contra de bienes o intereses que carecen de entidad material³⁸¹. Sea como fuere, lo cierto es que el concepto de daño moral resulta mucho más amplio en el ordenamiento jurídico español con relación al colombiano, por lo que suele ser usual, por ilustrar con un ejemplo, que tanto en la doctrina como la jurisprudencia española se identifique el daño relativo a la privación de la facultad de interrumpir voluntariamente el embarazo como un daño moral, mientras que en nuestro ordenamiento jurídico tal clasificación no resultaría compatible con la tipología de perjuicio inmaterial desarrollada por la jurisprudencia, siendo necesario identificarla como un perjuicio extrapatrimonial independiente que constituye un subconcepto dañoso distinto al daño moral propiamente dicho.

Volviendo al tema que nos atañe, la admisión de un daño moral referido a la angustia o frustración que padecen los padres a raíz del nacimiento inesperado de un

³⁷⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera, Expediente No. 38.222, de 14 de septiembre de 2011, C.P. Enrique Gil Botero.

³⁷⁹ Señalando las distintas acepciones que ha recibido el concepto daño moral en el ordenamiento jurídico español. CANO CAMPOS, Tomás, op.cit. p. 119.

³⁸⁰ Esta parece ser la concepción de este autor que denomina indistintamente daño extrapatrimonial y daño moral. Ver. VICENTE DOMINGO, Elena, “El Daño”, op.cit. p. 273.

³⁸¹ Dejando total claridad sobre su preferencia respecto de esta definición. MACÍA MORILLO, Andrea, *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales. Las llamadas acciones de Wrongful birth y Wrongful life*, op.cit. p. 447. En la misma línea de pensamiento podríamos clasificar a este autor. CARRASCO PERERA, Ángel, “La reparación integral del daño y su prueba”, op.cit. p. 430.

niño, así como la falta de preparación psicológica de estos ante el nacimiento de aquel en circunstancias de malformación, no parece que constituyan situaciones que pudieran revestir mayor trascendencia en el ordenamiento jurídico colombiano ni mucho menos en el ordenamiento jurídico español en donde en la actualidad no se suelen reconocer este tipo de situaciones como auténticos daños resarcibles, con algunas excepciones que por lo general se presentan en el marco de las reclamaciones “wrongful conception”³⁸². Tal como lo veníamos manifestando la concepción de daño moral que en mayor medida se ha adoptado por nuestra doctrina y jurisprudencia se refiere a aquella relativa al dolor o sufrimiento que padece la víctima a causa del acaecimiento de circunstancias que le afecten directamente³⁸³, lo que en principio pareciera resultar compatible con los daños que según esta línea argumentativa se estiman indemnizables. No obstante, resulta cuanto menos dudoso identificar la sorpresa, angustia y aflicción padecida por parte de los padres como auténticos daños indemnizables, pues no se logra determinar con claridad la alteración material de una situación favorable (daño) en esta clase de circunstancias. Entender aquel sentimiento de angustia o frustración que surge de manera inmediata ante el conocimiento de esa realidad que resultaba incompatible con la percepción que de ella ostentaban los padres, como una alteración desproporcionada y anormal de un estado de bienestar, de manera tal que adquiriera cierta relevancia jurídica, ampliaría de manera irrazonable la concepción actual que ostenta el Derecho de daños en cuanto a la determinación de aquellos criterios que permiten identificar en los hechos objeto de valoración suficiente relevancia dañosa frente al ordenamiento jurídico (antijuridicidad). Es decir, se vulneraría el criterio fundamental que atiende a resarcir solo aquellos perjuicios que afectan con cierto grado de significación el patrimonio tanto material como inmaterial de la víctima.

No se trata, pues, de utilizar argumentos o concepciones de orden religioso para desvirtuar la existencia de un daño antijurídico, se trata de establecer con cierto grado de objetividad y razonabilidad la entidad o relevancia que reviste para el ordenamiento jurídico el hecho o afectación que recae directamente en el patrimonio tanto material como inmaterial de la víctima. Como corolario de lo anterior, creemos que la identificación como daño indemnizable de la angustia o aflicción que pueden llegar a padecer los padres a causa del nacimiento inesperado de un niño, o, en el marco de los supuestos de “wrongful birth”, la identificación de un daño en la falta de preparación psicológica para asumir un nacimiento en condiciones de malformación, no resultan del todo equiparables a aquella consideración del daño que se refiere a la perturbación o modificación significativa -frente al derecho- de un estado de bienestar o de una situación favorable. En atención a estas consideraciones, este tipo de eventos no pueden ser considerados como auténticos daños indemnizables.

³⁸² STS, Sala Primera, de 24 de septiembre de 1999, 7272/1999.

³⁸³ HENAO, Juan, op.cit. p. 244; M'CAUSLAND SÁNCHEZ, María, op.cit. pp. 59-84.

5.2 Teorías idóneas para calificar los perjuicios allí identificados como auténticos daños indemnizables

5.2.1 La vulneración al derecho a la autodeterminación reproductiva: ¿un daño autónomo de carácter inmaterial?

La autodeterminación reproductiva, tal como hemos venido mencionando, constituye un derecho inherente a la dignidad de todo ser humano, hace parte inescindible del libre desarrollo de la personalidad e integra esos derechos personalísimos que casi no admiten ningún tipo de interferencia por parte de terceros. En el marco de las reclamaciones que nos encontramos estudiando este derecho personalísimo se refleja desde dos perspectivas muy concretas: (i) la libertad de procreación futura. (ii) el derecho a la interrupción voluntaria del proceso de embarazo - IVE.

A efectos puramente prácticos nos hemos referido a la mencionada libertad de procreación futura como aquel derecho que ostenta toda persona de decidir de manera libre cualquier cuestión relativa a su descendencia futura, reflejándose de manera importante en el artículo 42 de la Constitución Nacional que consagra expresamente el derecho a decidir de manera libre y responsable el número de hijos que se estimen convenientes. Cuestión similar acontece en el ordenamiento jurídico español, en donde este derecho a la procreación futura deriva del derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 C.E), y del derecho a la dignidad humana (art. 10.1 C.E). En segundo término, encontramos el derecho a interrumpir voluntariamente el proceso de embarazo, que técnicamente también constituye una manifestación del derecho a la libertad de procreación, pues este no solo se puede ejercer de manera positiva sino también de forma negativa.

En el marco concreto de las reclamaciones que nos ocupan, esta libertad de procreación futura y el derecho a interrumpir voluntariamente el proceso de embarazo son auténticos intereses jurídicamente tutelados por el ordenamiento³⁸⁴. En atención a lo anterior, quienes definen el atentado en contra de dichos intereses como un detrimento o menoscabo que origina la existencia de un derecho a ser indemnizado, aducen que la privación o vulneración de estos derechos a causa de la conducta médico-asistencial negligente pasa a ser considerada un daño indemnizable, conculcación que se refleja en la violación a la autodeterminación reproductiva, bien porque haciendo uso de la libertad de procreación se decide no tener más descendencia y esta se produce en ocasión a la conducta negligente del médico, bien porque se toman decisiones relativas a la procreación que no resultan conscientes ni informadas debido a la defectuosa prestación del servicio. Esta teoría que tiene como finalidad primordial identificar la existencia de un daño que pueda estimarse antijurídico por lesionar intereses que resulten protegidos por el ordenamiento, tiene la particular ventaja de sortear de la mejor manera el obstáculo que supone la relación intrínseca con el hecho del nacimiento. Es posible verificar que este derecho a la autodeterminación reproductiva, bien desde la perspectiva

³⁸⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-841/2011, de 03 de noviembre de 2011, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. En la doctrina española, este autor al referirse concretamente a la facultad de interrumpir el embarazo especifica que el interés jurídico radica en el derecho a la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad de la madre, el cual se satisface a través de la protección de esta facultad. Véase. MARTIN-CASALS y Miquel; SOLÉ FELIU, Josep, “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2006”, op.cit. pp. 529-530.

de la procreación futura, bien desde la facultad de interrumpir voluntariamente el proceso de embarazo, se encuentra completamente al margen del inicio de la vida, por lo que aquellos obstáculos de orden religioso, ético y morales no constituyen ninguna objeción en este sentido. Aunque vale destacar que, en el marco de estas reclamaciones no resultaría acertado identificar el daño en la autodeterminación reproductiva con total independencia del hecho del nacimiento puesto que este es presupuesto necesario para aquellas. Ello evidencia sin lugar a dudas cierta relación entre el daño que se estima indemnizable y el inicio de la vida.

A raíz de esta particularidad tan importante esta teoría es la que quizá ha gozado de mayor predicamento entre los autores que se han ocupado del estudio de las reclamaciones que nos encontramos desarrollando. Así mismo ha sucedido en la jurisprudencia internacional, en donde si bien es cierto que resulta más acentuada en algunos países la adopción de esta teoría, como sucede en efecto con la jurisprudencia española³⁸⁵, no es menos cierto que en la gran mayoría de Estados, se reconoce la vulneración a estos intereses jurídicamente protegidos como auténticos daños antijurídicos que deben ser indemnizados de manera autónoma³⁸⁶.

No obstante, lo anterior, no es posible hablar de unanimidad en este sentido, en tanto que surgen diversos cuestionamientos que considero se podrían clasificar en dos grandes argumentos.

En primer lugar, aquel que se refiere a que la identificación del daño en la vulneración a la autodeterminación reproductiva indirectamente lesiona la consideración moral o ideal de la vida, pues esta también se estaría calificando como un daño, se trata de una objeción de tinte moral que se relaciona con las anteriormente analizadas. Aquí, es necesario tener en cuenta que estas reclamaciones exigen como presupuesto fundamental la existencia de un nacimiento que resulta no deseado independientemente de que esta consideración se haya adquirido desde un principio o a raíz del conocimiento de enfermedades o anomalías genéticas. En consecuencia, difícilmente se podría alegar la existencia de una autonomía absoluta entre el nacimiento y el daño consistente en la violación a la autodeterminación reproductiva. Es indudable que si se identifica esta vulneración como un daño autónomo totalmente indiferente al nacimiento, en principio, este debería surgir con independencia del acaecimiento de aquel, lo cual resulta improbable si estamos hablando de reclamaciones “wrongful conception” y “wrongful

³⁸⁵ Véanse las interesantes consideraciones de la STS, Sala Tercera, de 3 de octubre de 2000, 7033/2000. En la misma línea. Sentencia de la Audiencia Nacional, Sección Cuarta, Sala de lo Contencioso, de 6 de junio de 2001, recurso No. 91/2000; STS, Sala Primera, de 21 de diciembre de 2005, 10149/2005; STS, Sala Primera, de 18 de mayo de 2006, 4724/2006. Entre muchas otras. De igual manera, en la jurisprudencia menor. Ver. Sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana, Sección Primera, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 28 de mayo de 2003, recurso No. 902/2000; Sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana, Sección Segunda, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 16 de marzo de 2004, 405/2004. En el ámbito doctrinal. Ver. MARTIN-CASALS, Miquel; SOLÉ FELIU, Josep, “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2006”, op.cit. p. 533; ROMERO COLOMA, Aurelia, “Las acciones de wrongful birth y wrongful life en el ordenamiento jurídico español (especial referencia a la responsabilidad civil médica)”, op.cit. p. 2597. Parece coincidir en estos mismos criterios. MARTINEZ-CALCERRADA GOMEZ, Luis, op.cit. pp. 252 y 262-263.

³⁸⁶ Ver en la jurisprudencia estadounidense. *Geler v. Akawie*, 818 A.2d 402, (N.J. Super. Ct. App. Div. 2003). En la doctrina, poniendo de manifiesto dicha situación. HENSEL, Wendy Fritzen, “The Disabling Impact of Wrongful Birth and Wrongful Life Actions”, *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, Vol. 40, 2005, p.164-165.

birth”. Es decir, no se estima razonable solicitar indemnizaciones en el marco de este tipo de reclamaciones cuando por cualquier circunstancia no se ha llevado a cabo el nacimiento del niño. Piénsese en aquellos casos en donde el profesional de la salud vulnera el derecho a la autodeterminación reproductiva del paciente, toda vez que no ha otorgado la información que de acuerdo al estado de la ciencia médica resulta posible y que es determinante en el ejercicio de los derechos reproductivos de aquel. Resulta evidente que las decisiones que en materia reproductiva se lleven a cabo no cuentan con toda la información que se estima necesaria para el efecto, lo que se traduciría en la toma de decisiones totalmente inconscientes. Sin embargo, por cualquier circunstancia ajena a la actuación del médico el nacimiento del niño no se lleva a cabo. En estos supuestos, resultaría inapropiado hablar de la existencia de las reclamaciones que nos ocupan, en tal forma que no fungen los presupuestos necesarios para las mismas.

En segundo lugar, existen autores quienes rechazan la violación a la autodeterminación reproductiva o la privación del derecho a tomar una decisión en lo referente a sus derechos reproductivos como un argumento suficiente para identificar en estos hechos un daño indemnizable³⁸⁷. Dicho de otra manera, no encuentran los criterios constitucionales y legales suficientes que obliguen a considerar estos menoscabos o afectaciones como daños antijurídicos, por lo que niegan cualquier posibilidad de que surja algún derecho a indemnización.

Al margen de todo ello, es de resaltar que la teoría de la identificación de un daño indemnizable en la violación al derecho a la autodeterminación reproductiva goza de perfecta aplicabilidad tanto en nuestro ordenamiento jurídico como en el español, resultando ampliamente compatible no solo con las determinaciones propias del sistema de responsabilidad civil tanto en el ámbito público como privado, sino también con la tendencia que ha venido adoptando la jurisprudencia constitucional colombiana y los tribunales españoles en cuanto a la privación del derecho a interrumpir voluntariamente el proceso de embarazo. Cabe destacar también que de todos aquellos daños que se estiman indemnizables en el marco de las reclamaciones aquí estudiadas, estos podrían ser los más compatibles atendiendo a los criterios tradicionales de nuestro derecho de responsabilidad, permitiendo más fácilmente no solo la entrada de este tipo de acciones en nuestro ordenamiento jurídico sino también su afianzamiento. Así pues, tal atentado en contra del derecho a la autodeterminación reproductiva debe considerarse como un daño o perjuicio indemnizable.

Partiendo del cumplimiento del primer requisito exigido para la utilización en el marco de nuestro ordenamiento jurídico de esta línea argumentativa: la protección que efectuó el ordenamiento jurídico del derecho a la autodeterminación reproductiva tanto desde su perspectiva de la libertad de procreación futura como desde la facultad de interrumpir voluntariamente el proceso de embarazo; centraremos nuestro análisis en el cumplimiento del segundo requisito, aquel relativo a la privación de dichos intereses debidamente reconocidos. Ha sido objeto de análisis a lo largo de este trabajo los términos en que tanto el ordenamiento colombiano como el español han garantizado la preservación de aquellos intereses jurídicos relativos a los derechos reproductivos de toda persona, incluso las variaciones en cuanto a su reconocimiento entre uno y otro ordenamiento normativo. *Pero es precisamente la privación de estas libertades la que se*

³⁸⁷ BUSTOS PUECHE, José, “Un caso de voluntarismo judicial: la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1997”, *La ley*, D-250, 1997-5, p. 1700.

perfila como el detrimento o menoscabo que resulta indemnizable en el marco de este tipo de reclamaciones.

La clave en este concreto aspecto se relaciona directamente con el ejercicio libre y consciente de aquellos derechos reproductivos, en tanto que la ilegítima interferencia a este tipo de libertades por parte de terceros atenta de manera directa contra la autodeterminación personal inherente a cada individuo. En aquellos supuestos relativos a las reclamaciones “wrongful conception” y “wrongful birth”, exceptuando los referidos a los diagnósticos prenatales que los analizaremos por separado, cobra gran relevancia la libertad de procreación futura.

En cuanto a los supuestos propios de las acciones “wrongful conception” es importante distinguir entre dos aspectos fundamentales. El primero de ellos hace referencia a aquellos casos en los que la negligencia médica no se relaciona con la falta de información suministrada al paciente sino con la práctica deficiente de la técnica utilizada³⁸⁸ o la negativa a llevar a cabo la interrupción del embarazo. En estos casos, resulta clara la contradicción existente entre la decisión tomada por parte del paciente en virtud de su derecho a la autodeterminación reproductiva, y la conducta del profesional de la salud que se estima negligente, pues el nacimiento del niño se lleva a cabo en contra del consentimiento de sus padres. Ello, implica un fuerte revés al ejercicio de los derechos reproductivos del paciente, de quien se espera pueda decidir de manera libre y responsable cuestiones tan íntimas y propias de su personalidad como el número de hijos que considere más conveniente. El segundo aspecto atiende precisamente a aquellos casos en los que la reclamación de responsabilidad se fundamenta en la falta de dicha información, que tal como hemos mencionado, se suele referir a los riesgos de fracaso de las intervenciones o recomendaciones post-operatorias. La cuestión en estas circunstancias difiere en que la privación a la libertad de procrear se origina en la falta de la información necesaria para tomar decisiones conscientes referente a sus derechos reproductivos. La falta de información a este respecto elimina la posibilidad de tomar decisiones conscientes, informadas y, por tanto, responsables respecto a cuestiones tan íntimas y personales como aquellas relacionadas con la reproducción, violando de manera directa la libertad de procreación futura y, más concretamente, el derecho a la autodeterminación reproductiva del paciente.

En lo tocante a los supuestos propios de las acciones “wrongful birth”, la cuestión se relaciona en mayor medida con la toma de decisiones que en efecto se llevan a cabo, tal como particularmente acontece en los supuestos que acabamos de analizar en donde no se suministra la información relativa a los riesgos de fracaso o recomendaciones post-operatorias que sean necesarias a efectos de que el paciente pueda tomar las decisiones que considere conveniente. En el marco de los diagnósticos propios de estas reclamaciones el profesional de la salud actúa conforme al sentido en que se ejerce el derecho a la libertad de procreación futura, solo que en estos casos dicha decisión no se toma de manera informada y consciente, lo que supone la violación a la autodeterminación reproductiva. La información que se hace necesaria para hablar de

³⁸⁸ KANCLER, Magdalena, “To Be or Not to Be Born? Civil Liability for Damage Resulting from Birth in a Comparative Context: Recent Polish and Irish Case law Concerning Wrongful Birth and Wrongful Conception”, *Electronic Journal of Comparative Law*, Vol. 13 (3), September, 2009, p. 3. Disponible de página web: <http://www.ejcl.org>. Última visita. 1 de agosto de 2016.

decisiones libres y conscientes atiende a las circunstancias propias del caso en concreto, por lo general es el criterio de la “lex artis ad hoc” el que de alguna u otra forma servirá de indicador para determinar los datos e informaciones que puedan colocarse a disposición de los pacientes, no siendo obligatorias aquellas que según estos criterios no era exigible que se suministrara. Esta situación es de vital importancia no solo en esta clase de casos sino también en todos aquellos supuestos en donde la cuestión radica en el suministro de información a partir de cuya recepción se puedan tomar decisiones responsables. Es precisamente aquel reducto de libertad y conciencia lo que constituye el factor determinante para verificar si es posible hablar de una eventual privación de estas potestades.

En el marco de aquellos supuestos relativos a los diagnósticos preconceptivos podemos encontrar un buen ejemplo de lo que aquí hemos tratado de ilustrar. Estos diagnósticos no suelen ser de obligatoria realización –a excepción de algunos ordenamientos como acontece con el caso de la República Popular de China³⁸⁹ - a menos que surjan indicaciones médicas o factores de riesgo que sugieran la necesidad de proceder a su ejecución, bien sea para ratificar sospechas bien para descartar dudas ocasionadas por la existencia de dichos indicios. Sea como fuere, ni aun en estos casos la práctica de este tipo de diagnósticos puede llevarse a cabo en contra de la voluntad de los pacientes. Así pues, las informaciones que según el estado actual de los conocimientos sea posible revelar a partir de la práctica de estas pruebas diagnósticas, no integran ese ámbito de información que se estima como necesario para tomar una decisión libre y consciente, es decir, la falta de dicha información no privaría al paciente de su derecho a procrear libremente, pues como muy acertadamente señala la doctora Macía Morillo, la información que a estos efectos se requiere no es la teóricamente disponible desde un punto de vista omnisciente, sino la que, en la práctica, sea posible colocar a disposición del paciente³⁹⁰. No obstante, en aquellos casos en que se solicite por parte de los padres la práctica de estos diagnósticos aun cuando no resulten obligatorios, la cuestión varía ostensiblemente, en tanto que se está ampliando este ámbito ordinario de información haciéndose exigibles aquellos datos que a partir de dichos diagnósticos sea posible suministrar.

Las reclamaciones “wrongful birth” desde aquellos supuestos relativos a los diagnósticos prenatales, concentra su centro de atención en la facultad de interrumpir voluntariamente el proceso de embarazo³⁹¹.

Los distintos sistemas legales que existen para regular esta cuestión son primordiales para el estudio de estas reclamaciones desde la perspectiva de estos procedimientos diagnósticos. Es importante dejar por sentado que a diferencia de lo considerado por algunos autores, entendemos que el sistema legal de plazos perfectamente puede ser determinante en el estudio de las reclamaciones “wrongful birth”, pues aunque el derecho a abortar no está condicionado a la existencia de

³⁸⁹ EMALDI CIRIÓN, Aitziber, Op.cit, pp. 76-77.

³⁹⁰ MACÍA MORILLO, Andrea, *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales. Las llamadas acciones de Wrongful birth y Wrongful life*, op.cit. pp. 356-357.

³⁹¹ BECKERMAN-RODAU, Andrew, “Tort Law-Wrongful Birth-Expanding Damages In Wrongful Birth Tort Actions - Berman v. Allan, 80 N.J. 421, 404 A.2d 8 (1979)”, *Western New England Law Review*, Vol. 22, issue 4, artículo 8, 1980, p. 845. Se puede extraer esta misma conclusión de las consideraciones realizadas por este autor. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo, “Comentario a la STS de 7 de junio de 2002”, *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, No. 59, abril-septiembre, 2002, pp. 857-865.

anomalías genéticas o congénitas, en razón a que durante el plazo prefijado se puede acceder a este servicio por la mera liberalidad de la gestante, no es menos cierto que también aquí es posible hablar de la privación al derecho a interrumpir el proceso de embarazo ante la omisión de la información sobre el concreto estado de salud del *nasciturus*. Esta información puede ser sumamente relevante para el ejercicio de este derecho a la IVE, independientemente de que dicha potestad igualmente se hubiera podido hacer efectiva de manera positiva sin dicha información. La falta de información que se estima necesaria a estos efectos deriva en la toma de decisiones viciadas que determinan la privación del derecho a la autodeterminación reproductiva de la gestante. Tal como hemos podido identificar, todos los supuestos propios de las reclamaciones “wrongful birth” parten de una base común: el suministro de información a partir de la cual los padres pueden adoptar sus propias decisiones. Es de destacar que en el marco de los procedimientos de diagnósticos prenatales resulta igualmente aplicable lo que habíamos señalado en cuanto al ámbito de información que se estima requerido para la toma de decisiones libres y conscientes, con la diferencia que en este caso no nos encontramos hablando de la libertad de procreación futura sino más específicamente de un derecho a interrumpir voluntariamente el embarazo.

Atendiendo a la particularidad concreta que surge en Colombia en lo referente al sistema legal de regulación sobre la interrupción voluntaria del embarazo, es necesario efectuar algunas consideraciones. En principio, la indicación o supuesto excepcional que más nos interesa, de aquellos fijados por la Corte Constitucional, es el relativo a la autorización del aborto en aquellos casos en que existan graves malformaciones en el feto que hagan inviable su vida, circunstancia que debe encontrarse debidamente certificada por un médico. En nuestro país existen dificultades en la actualidad para permitir el acceso a los servicios reproductivos de interrupción voluntaria del embarazo, incluso aun cuando estamos hablando de los supuestos que autoriza el ordenamiento jurídico. Ello refleja la fuerte concepción moral, ética y religiosa existente en nuestra sociedad que se opone fervientemente a este tipo de prácticas, pero que en ningún momento gozan de un asentamiento social en los términos anteriormente señalados.

No es posible dejar de abordar una cuestión que reviste de gran particularidad en el ordenamiento jurídico colombiano, y que resulta fundamental en el análisis concreto no solo de las reclamaciones “wrongful birth” sino también en las de “wrongful life”, concretamente, en el marco de los supuestos propios de los diagnósticos prenatales, que es en donde tiene cabida el derecho a interrumpir voluntariamente el embarazo. Esta particularidad hace referencia a la expresión: “graves malformaciones incompatibles con la vida”. Sin duda alguna, el contenido del derecho a interrumpir voluntariamente el proceso de embarazo se determinará por el alcance que se le otorgue a esta expresión que es la que de manera ambigua se estableció en la sentencia C-355/2006, en donde la Corte Constitucional autorizó a título excepcional la práctica del aborto. En las distintas sentencias que a partir de entonces esta corporación ha venido expidiendo, ha concedido en más de una ocasión indemnizaciones bajo el argumento de que se evidencia un caso de carencia actual de objeto, específicamente por la vía del daño consumado, concediendo indemnizaciones tanto por los daños morales como patrimoniales que supongan el haber imposibilitado el ejercicio de este derecho reproductivo. No obstante, no ha definido cuáles son las malformaciones o anomalías genéticas que resultan incompatibles con la vida, y a qué hace referencia exactamente esta última consideración. Por el contrario, en más de una ocasión se ha liberado de responsabilidad a este respecto y ha dicho que son los profesionales de la salud a quienes les corresponde verificar si las

malformaciones que padece el feto atienden a las características, a mi juicio ambiguas, que fija la referida sentencia de constitucionalidad, argumentando que dicha corporación no posee los conocimientos médicos necesarios para realizar una valoración en ese sentido.

Esta ambigüedad constituye un obstáculo añadido a los que ya hemos señalado como aquellos relativos a las acciones “wrongful birth” y “wrongful life”. La expresión “incompatibles con la vida” no debe entenderse en su sentido más estricto sino en el sentido propio de cómo la Corte Constitucional ha venido calificando la vida. En la mayoría de las veces esta corporación ha coincidido en señalar que el concepto de vida no se restringe a *la mera existencia biológica del ser* sino que esta lleva incorporada el valor de la dignidad³⁹². Señala que no es posible entender o considerar la vida con independencia de aquel valor, de hecho, este concepto es el que la Corte Interamericana de Derechos Humanos -CIDH, parece poner de manifiesto en la línea jurisprudencial que ha adoptado durante los últimos años; en la cual se logra verificar cierto grado de evolución que esta corporación le ha otorgado a la protección jurídica de la vida, en donde integra dentro del concepto de vida, la dignidad que se reputa inherente a cualquier persona, otorgándole un mayor grado de eficacia a la Convención Americana de Derechos Humanos.

A partir de las anteriores consideraciones, es necesario concluir que aquellas malformaciones o anomalías graves bien sean de carácter genético o congénito se entienden incompatibles con esta consideración relativa a la existencia en condiciones mínimas de vida, que ha sido precisamente la connotación que a lo largo de los últimos años la jurisprudencia constitucional colombiana le ha querido imprimir a este valor supremo. No se trata, pues, de entender la vida como aquella mera existencia biológica del ser, como la mera actividad vital propia del sujeto, sino a partir de la consideración del cómo se está llevando a cabo esa existencia, de si existen las condiciones mínimas para ello, de si el hecho de vivir lleva incorporado ese valor dignificador sin el cual no es posible entenderlo. Ello no quiere decir, que se esté minusvalorando la vida discapacitada o la vida de los enfermos terminales, se trata solo de identificar la connotación de la referida expresión que resulte más acorde no solo con la línea argumentativa que sobre el valor de la vida ha efectuado la Corte Constitucional, sino también frente al resto de principios constitucionales que fundamentan el sistema jurídico colombiano.

Adicionalmente a lo anterior, valga destacar la existencia de algunos pronunciamientos jurisprudenciales de la mencionada corporación judicial, en los que se logra verificar que la gravedad de la lesión que padezca el feto no necesariamente tiene que tener un pronóstico mortal para que se actualice el supuesto de autorización que confiere el derecho a la IVE. Por el contrario, se hace referencia a que dichas malformaciones deben ser lo suficientemente graves como para afectar las condiciones mínimas de existencia, pero reiteramos no desde su mera perspectiva biológica, sino desde su perspectiva digna. Pretender otorgar un alcance distinto a dicha expresión además de incoherente resultaría completamente contradictorio a la concepción que la misma jurisprudencia ha fijado respecto a la vida. Por otro lado, no siempre resulta sencillo determinar qué grado de malformaciones tienen la entidad de provocar un óbito

³⁹² Corte Constitucional, Sentencia T- 1271/2008, de 18 de diciembre de 2008, M.P. Mauricio González Cuervo; Corte Constitucional, Sentencia T- 940/2012, de 13 de noviembre de 2012, M.P. Nilson Pinilla Pinilla. En el mismo sentido. LORENZETTI, Ricardo, op.cit. pp. 99-100.

fetal o la muerte de un neonato, pues el estado actual de los conocimientos médicos no brinda, en algunos casos, la posibilidad de otorgar las suficientes luces en este sentido, por lo que muchas veces se estarían pisando aquellos terrenos propios de las conjeturas y especulaciones que permitieran establecer si la mera existencia biológica puede llevarse a cabo con la existencia de estas anomalías congénitas, siendo a este respecto totalmente absurdo, irrazonable y desproporcionado que los derechos reproductivos de las gestantes en estas concretas circunstancias penden de dichas conjeturas o especulaciones.

Así las cosas, aquellas malformaciones graves pero que no necesariamente implican la incompatibilidad con la vida desde aquella mera perspectiva de la existencia biológica se encuentran incluidas dentro de estos supuestos de autorización para ejercer el derecho a la IVE, tal puede ser el caso de las malformaciones óseas relativas a las “displasias esqueléticas afiliares con acortamiento del fémur y húmero bilateral”, que fue precisamente el tipo de malformación que dio causa en la sentencia T-388/2009, que constituye de todas las que hasta el momento se han proferido, la más diciente en lo referente a los supuestos que en el marco de nuestra investigación nos interesa. En esta sentencia la Corte no realiza ninguna valoración respecto al tipo de malformaciones que deben considerarse graves, solo se atiene a la existencia de la certificación médica que confirma que el presente caso constituye uno de los supuestos propios para acceder a la IVE. A partir de estas consideraciones, no resultaría lógico que en nuestro ordenamiento jurídico se rechazara la existencia del derecho de la gestante a interrumpir voluntariamente el embarazo porque se estén alegando malformaciones que podrían perfectamente ser compatibles con “la mera existencia biológica”. Dicho de otra manera, no se exige la existencia de malformaciones con pronóstico de mortalidad, ya que se ha evidenciado hasta la saciedad que dicha incompatibilidad debe analizarse frente a la vida cuyo contenido también es integrado por el valor de la dignidad.

En suma, no es posible hablar de la creación de un catálogo de enfermedades o anomalías congénitas que llenen de contenido el concepto jurídico indeterminado al que hace referencia la Corte Constitucional en su sentencia C-355-2006, por lo que habrá que analizar cada supuesto en concreto a efectos de afirmar la manifestación de malformaciones que resulten incompatibles con la existencia digna de todo ser humano³⁹³. De hecho, el desarrollo jurisprudencial que a este respecto se lleve a cabo será de gran valor en este sentido, pues indudablemente se irá adquiriendo mayor certidumbre en torno al cúmulo de patologías o anomalías graves que resulten incorporadas en el marco de las condiciones fijadas por el sistema de regulación del aborto, v.gr., las displasias esqueléticas afiliares con acortamiento del fémur y húmero bilateral. Sería absurdo que en casos posteriores se les niegue a este tipo de malformaciones la entidad suficiente para incorporarlas en el marco de los supuestos autorizados por la sentencia de constitucionalidad. Sea como fuere, lo que resulta realmente importante en este aspecto, es que la concepción de vida en esta clase de supuestos no puede abandonar aquel valor dignificador que resalta la esencia del ser humano, por lo que es forzoso concluir que las graves anomalías o malformaciones del feto que otorgan a la gestante un derecho a interrumpir voluntariamente el embarazo, no solo se refieren a aquellas que ostentan la entidad suficiente para provocar un óbito fetal

³⁹³ Se suele hacer referencia a defectos congénitos como la anencefalia, la parálisis cerebral, la fenilcetonuria, e incluso el síndrome de down, entre muchos otros, como anomalías que de no ser informadas pueden desencadenar responsabilidad civil. Ver. LOPEZ MESA, Marcelo, *Teoría General de la Responsabilidad civil médica en el Derecho argentino y comparado*, op.cit. p. 320.

o la muerte de un neonato, sino también aquellas que afectan en grado realmente superlativo la calidad de vida y la calidad de existencia de cualquier ser humano.

De otro lado, también es fundamental destacar la existencia de una aparente dificultad de orden formal que se relaciona específicamente con la exigencia del certificado médico que acredite la manifestación de estas graves malformaciones incompatibles con la vida del feto. No obstante, es pertinente señalar que son usuales este tipo de exigencias en cuanto a la presentación de certificados y dictámenes médicos que den fe de la condición o estado de salud del niño, de tal manera que con base en ellos se pueda proceder a la práctica del procedimiento de aborto, situación que desde un principio no supone ninguna particularidad del ordenamiento jurídico colombiano. Así, en el ordenamiento jurídico español, el artículo 15 de la Ley Orgánica 2 de 2010 de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, exige en aquellos supuestos relativos a las prácticas de abortos por razones médicas³⁹⁴, concretamente cuando se presenten en el feto graves anomalías, malformaciones incompatibles con la vida o enfermedades extremadamente graves e incurables; la presentación de un dictamen emitido antes de la realización del procedimiento por parte de dos médicos especialistas para el primero de los casos, exigiendo dicho dictamen por un profesional especialista para el segundo y, finalmente, la confirmación de un comité clínico para el último supuesto; requiriendo en todos estos casos, que se traten de profesionales distintos de quienes llevarán a cabo el procedimiento de aborto.

La existencia de tal certificado no es lo que otorga el derecho a interrumpir voluntariamente el proceso de embarazo sino la manifestación de las anomalías o malformaciones graves que padece el feto. Una vez la gestante se encuentre en la situación descrita, el ordenamiento jurídico colombiano no solo la dispensa de cualquier prohibición legal en lo referente a este tipo de prácticas sino que obliga al Estado y a los particulares, por un lado, a que se abstengan de imponer obstáculos ilegítimos a la realización efectiva de este derecho -obligación de respeto-, como, en efecto, sucede con las exigencias de requisitos adicionales a los expresamente mencionados en la sentencia C-355/2006, y, por otra parte, a que garanticen, en el marco propio de sus competencias, todas aquellas actuaciones que se estimen necesarias para que la gestante pueda hacer uso del referido derecho en condiciones de oportunidad, calidad y seguridad.

Es claro, que la conducta negligente del profesional médico dirigida a no informar sobre aquellas anomalías o malformaciones que padece el feto, y que según el criterio de la “lex artis ad hoc” resultaba indicado señalar, lesionan de manera directa el derecho a la gestante a la autodeterminación reproductiva, pues es indudable que esta ostenta un derecho a solicitar en tales circunstancias los servicios reproductivos relativos a la interrupción voluntaria del proceso de embarazo. La falta de información necesaria para ejercer este derecho reproductivo constituye una afrenta en contra de la facultad de autodeterminación del paciente, independientemente de cualquier juicio dirigido a determinar qué decisión habría tomado la gestante³⁹⁵, lo cierto es que la determinación

³⁹⁴ Ver el interesante artículo de este autor en donde efectúa un análisis respecto del tratamiento de las reclamaciones “wrongful birth” y “wrongful life” a la luz de los postulados normativos de la Ley Orgánica No. 2 de 2010 de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. MACÍA MORILLO, Andrea, “El tratamiento de las acciones de wrongful birth y wrongful life a la luz de la nueva ley sobre interrupción voluntaria del embarazo”, op.cit. pp. 83-98.

³⁹⁵ ROMERO COLOMA, Aurelia, “Las acciones de wrongful birth y wrongful life en el ordenamiento jurídico español (especial referencia a la responsabilidad civil médica)”, op.cit. pp. 2566-2567 y 2597.

que finalmente se llevó a cabo no contaba con los elementos necesarios y fundamentales para ser calificada como una decisión libre y consciente. Resulta totalmente irrelevante intentar determinar que aun cuando se hubiese dotado a los padres de la información suficiente, la gestante habría procedido a interrumpir voluntariamente el embarazo, pues la decisión que en su momento se llevó a cabo tenía como fundamento un falso negativo, la creación de una percepción equivocada de la realidad, por lo que no es posible hablar de un ejercicio libre de sus derechos reproductivos, concretamente, del derecho a interrumpir voluntariamente el embarazo.

Es también fundamental examinar otro aspecto de no menor importancia, concretamente, la cuestión relativa a la legitimación activa para interponer estas reclamaciones de responsabilidad en lo tocante a este concreto daño indemnizable. En las acciones “wrongful conception” no existe mayor dificultad en este sentido, pues ambos padres ostentan un derecho a la procreación futura, por lo que si a raíz de la conducta negligente del profesional de la salud se lleva a cabo el nacimiento de un niño, inevitablemente la actuación de este estaría vulnerando el derecho a la autodeterminación reproductiva de aquellos, por lo cual, ambos se encuentran legitimados en el marco de estas reclamaciones para solicitar el resarcimiento del daño que supone la privación de su derecho a procrear libremente.

En lo que respecta a las acciones “wrongful birth” la cuestión puede llegar a ser más problemática, teniendo en cuenta que uno de los supuestos que dan causa a este tipo de reclamaciones parte de la base de la existencia de un derecho a interrumpir voluntariamente el embarazo que solo se encuentra en cabeza de la gestante, excluyendo *a priori* cualquier posibilidad de que el padre funja como legitimado activo en una eventual reclamación “wrongful birth”.

Antes de evaluar los casos anteriormente enunciados, es importante señalar que los supuestos que se desarrollan en el marco de procesos de diagnósticos preconceptivos y preimplantatorios, la cuestión relativa a la legitimación en la causa activa se presenta en similares términos que en las acciones “wrongful conception”. Ambos padres ostentan un derecho a la libre procreación futura por lo que la conducta negligente del profesional médico de no informar sobre la necesidad de practicarse dichas pruebas diagnósticas en el marco de cualquier consulta propia de un consejo genético, o aquella relativa a la incorrecta interpretación de los resultados arrojados por la referida prueba preconceptiva o preimplantatoria que lleven a informar de manera inadecuada al paciente o a la pareja³⁹⁶, puede vulnerar el derecho a la autodeterminación reproductiva de cualquiera de los padres, pues la decisión de engendrar un hijo no cuenta con la totalidad de la información que se estima suficiente para ser catalogada como libre y consciente. La imposibilidad de ejercer una decisión plenamente informada sobre aspectos tan íntimos y relevantes como los relativos a su propia reproducción constituye un daño perfectamente indemnizable, en donde los efectos de la lesión a estos bienes de carácter inmaterial no resultan solventados o aminorados con la mera declaración de su violación, también requieren ser resarcidos a efectos de garantizar no solo formalmente sino también en el ámbito real o material aquellos derechos de los afectados.

Existe cierta restricción en contra del padre, en materia de legitimación en la causa activa en el marco de las reclamaciones “wrongful birth”, concretamente, en los

³⁹⁶ EMALDI CIRIÓN, Aitziber, Op.cit, pp. 42 y 237.

supuestos relativos a los procesos de diagnósticos prenatales que es en donde cobra gran relevancia la facultad de interrupción voluntaria del embarazo. La ausencia de un derecho a abortar en favor del padre constituye el impedimento primordial para que estos soliciten un resarcimiento por la vulneración de un derecho que ni siquiera existe, ello es así, puesto que al no existir un derecho a interrumpir el proceso de embarazo no puede existir ningún tipo de privación, aun cuando haya mediado la existencia de un actuar negligente por parte del médico. En consecuencia, el padre no sufre ningún tipo de vulneración en sus bienes extrapatrimoniales, pues solo la gestante es quien cuenta con dicha potestad y la única que estaría legitimada para solicitar una indemnización a este respecto.

Al igual que en el ordenamiento jurídico español, en Colombia se autoriza la interrupción voluntaria del embarazo como un derecho exclusivo en cabeza de la gestante, por lo que es a ella y solo a ella a quien le concierne tomar una decisión. En estricto sentido, esto imposibilita hablar de un atentado en contra del padre, pues en ningún momento le asiste a este el derecho a tomar cualquier determinación respecto al destino que finalmente tendrá el *nasciturus*. En otras palabras, el ordenamiento jurídico solo tiene en cuenta la voluntad que en este sentido pueda manifestar la gestante restándole cualquier tipo de eficacia o interés jurídico al consentimiento que sobre este asunto pueda prestar el padre biológico³⁹⁷. No obstante, existen autores que han identificado como un daño indemnizable no ya la privación a la facultad de llevar a cabo el aborto, pues coinciden en admitir la inexistencia de tal derecho, sino la afectación que supone para el padre la privación que sufre la mujer³⁹⁸. Aun bajo estas circunstancias, es difícil identificar un perjuicio de orden inmaterial en el padre a causa de la privación que sufra la gestante de su derecho a la IVE; la situación como tal, difícilmente generaría un efecto perjudicial por sí solo. La autorización de este tipo de daños supondría, a mi consideración, la indemnización de aquellas meras incomodidades o afectaciones circunstanciales que según el derecho de responsabilidad tradicional no sería prudente resarcir.

5.2.2 La existencia de un daño moral y patrimonial como consecuencia directa de la existencia de un niño

En este epígrafe hemos estimado conveniente desarrollar de manera conjunta el impacto moral y económico que supone para los padres tanto la existencia de un niño que nunca fue deseado como aquel que deja de serlo a consecuencia de las malformaciones graves que experimenta. A diferencia de la línea argumentativa anterior, aquí no se está identificando el daño en el impacto *a priori* que supone la corrección de golpe de aquella percepción errada que sobre la realidad se ostentaba, sino en el efecto que produce en los padres la interacción cotidiana con el niño, la convivencia que surge inmediatamente este nace. Es decir, la relación existente entre los padres y el niño provoca una serie de consecuencias tanto de orden moral como patrimonial que se

³⁹⁷ En este mismo sentido. RUBIO TORRANO, Enrique, *Responsabilidad patrimonial por diagnóstico prenatal*, Aranzadi S.A. Pamplona, 2007.

³⁹⁸ MARTIN-CASALS, Miquel, SOLÉ FELIU, Josep, “Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 2002”, *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Vol. 60, octubre-diciembre, 2002, p. 1118.

mantienen a lo largo de sus vidas y que son las que se estiman como auténticos daños indemnizables³⁹⁹.

Desde esta perspectiva, se aduce que el nacimiento del niño en óptimas condiciones genera un perjuicio de orden patrimonial que debe ser resarcido, puesto que de haberse actuado diligentemente probablemente se habría evitado el nacimiento no deseado y, por tanto, los gastos ordinarios de manutención que implica cualquier vida humana⁴⁰⁰. De otra parte, en los casos en donde el nacimiento se manifiesta con malformaciones graves, que son más propios de las reclamaciones “wrongful birth” y “wrongful life”, -mas no exclusivos, recordemos que pueden evidenciarse circunstancias aunque muy excepcionales en donde en el marco de las reclamaciones “wrongful conception” surgen nacimientos con malformaciones-, el daño que padecen los padres se puede manifestar tanto desde un aspecto moral como económico.

Los daños patrimoniales que se evidencian en el marco de las reclamaciones “wrongful conception”, por lo general hacen referencia a aquellos gastos ordinarios que surgen como necesidad de la manutención y educación del niño. Es posible señalar que la aceptación de este tipo de perjuicios goza de un importante predicamento en algunos ordenamientos jurídicos como el alemán, en algunos Estados de EE.UU y hasta antes del fallo McFarlane⁴⁰¹ en el ordenamiento jurídico inglés. Sin embargo, identificar en aquellos gastos ordinarios de manutención y educación un daño indemnizable más que resarcir un perjuicio podría enriquecer injustamente a quien debe asumirlos. A nuestra consideración, en estos casos resulta interesante la regla norteamericana de la “offset rule”, la cual se perfila como un argumento primordial que rechaza la posibilidad de identificar algún daño indemnizable en los gastos ordinarios que surgen de la necesidad de mantener y educar al niño, pero también como el argumento que busca reducir la cuantía de estos daños cuando se estime que por las circunstancias concretas del caso no puede dejar de evidenciarse la existencia de un detrimento⁴⁰². No obstante, entendemos que el detrimento económico que podría suponer aquellas erogaciones pecuniarias relativas a los gastos de manutención del niño, genera correlativamente una serie de incalculables beneficios que resultan innegables, un conjunto de ventajas de variada índole que difícilmente se verán aminoradas por las connotaciones financieras que supone la crianza de un niño, incluso, un cúmulo de situaciones que más que afectar el proyecto de vida de los padres lo enriquecen de manera considerable.

Los beneficios propios de la paternidad, así como aquellos beneficios inherentes al mero hecho de vivir, no solo compensan aquellos gastos ordinarios que a partir del nacimiento del niño se deben asumir, sino que los supera. Tales erogaciones pecuniarias además de contribuir a la crianza de un ser humano, lo cual conlleva de suyo un correlativo beneficio relativo a la satisfacción y significativa felicidad que supone para el

³⁹⁹ DE ANGEL YAGÜEZ, Ricardo, “Diagnósticos genéticos y prenatales y responsabilidad (Parte II)”, op.cit. pp. 152-156.

⁴⁰⁰ Haciendo referencia a las reclamaciones “wrongful conception” aun cuando las denomina erróneamente “wrongful birth” se manifiesta en este sentido. VICENTE DOMINGO, Elena “El Daño”, op. cit. p. 301.

⁴⁰¹ McFarlane v. Tayside Health Board (1999) 4 ALL ER 961.

⁴⁰² Estos lineamientos son los que parecen desarrollar estos autores. KANCLER, Magdalena, op.cit. p. 4; BRAVERMAN, Philip, op.cit. pp. 430-435. En la famosa sentencia estadounidense Hays v. Hall, 477 S.W.2d 402 (1972), se puede observar como aplicando la “off set rule” se llega a la consideración de que el beneficio que supuso que el hijo naciera sano, y no en condiciones de discapacidad como se temía, superó cualquier carga.

niño el mero hecho de estar vivo, de existir; y para los padres, ver a su descendencia sortear las distintas etapas de su existencia, también constituyen a su vez una “inversión” que los padres realizan y que repercute tanto en su vida económica como inmaterial. Resulta, a nuestro modo de ver, completamente irrazonable conceder indemnizaciones por hechos o circunstancias que más que alterar negativamente una situación de favorabilidad, evidencian una situación de bienestar. La cuestión podría adquirir mayor relevancia en aquellos supuestos en los que se manifiestan ciertas circunstancias que, en principio, pudieran sugerir una revisión al respecto. Las severas dificultades económicas suelen ser el principal argumento por el cual se llevan a cabo procedimientos de esterilización o, en su defecto, tratamientos o intervenciones que tengan como finalidad evitar la concepción del *nasciturus*, por lo que el perjuicio patrimonial en estos supuestos resulta tan determinante que los beneficios propios de la paternidad podrían no resultar suficientes para su compensación. A este tipo de conclusiones han llegado no pocos tribunales judiciales, principalmente en los Estados Unidos, en donde suelen conceder indemnizaciones en favor de los padres a causa del detrimento patrimonial que supone para estos mantener y educar al niño, descontando por lo general de la correspondiente partida indemnizatoria aquellos beneficios propios de la paternidad⁴⁰³.

Entendemos que ni aun en estas circunstancias resultaría procedente identificar en estos gastos un daño indemnizable, en tanto que aun cuando se manifiesten mayores dificultades en la labor de manutención de esta nueva vida, los beneficios correlativos se siguen manifestando en su mayor expresión. Es decir, las dificultades económicas que puedan manifestar no disminuyen o aminoran en ninguna medida los beneficios de ser padre, por lo que conceder una indemnización aun en estos supuestos sería resarcir un perjuicio que desde todos los puntos de vista resulta inexistente.

También pueden identificarse como daños indemnizables en el marco de las reclamaciones “wrongful conception” aquellas erogaciones pecuniarias que surgen como consecuencia directa del acaecimiento del embarazo no deseado. Piénsese en aquellos gastos médicos de orden prenatal y postnatal cuando estos sean cubiertos no por el sistema de seguridad social en salud sino por el patrimonio económico propiamente dicho de los padres; como podría suceder con aquellos gastos -que suelen ser muy característicos en este tipo de reclamaciones- relativos a la prueba genética de la paternidad, que dicho sea de paso, constituye una prueba que se estima necesaria y fundamental en el juicio para acreditar el nexo de causalidad entre el daño y la conducta del médico asistencial correspondiente⁴⁰⁴.

A diferencia de los costos ordinarios de manutención, estos perjuicios deben ser plenamente indemnizados cuando en efecto se padezcan, en tanto que dichas erogaciones pecuniarias constituyen un detrimento patrimonial directamente relacionado con la conducta del profesional de la salud, por lo que resultaría necesario dejar indemne a la víctima respecto de los efectos nocivos que en este sentido ha generado la conducta dañina. Vale destacar que el argumento de los beneficios propios de la paternidad no comportan ningún tipo de importancia en este concreto daño patrimonial, en tanto que no existe ninguna relación entre estos y aquel, siendo imposible establecer algún tipo de compensación como en efecto podría suceder con otros daños. Tal compensación solo

⁴⁰³ No obstante, es interesante ver cómo han existido en el marco de la jurisprudencia estadounidense fallos en los que ni siquiera se han tenido en cuenta en el ámbito de estas reclamaciones la regla de la compensación. Lo cual suele ser muy excepcional. Véase. *Custodio v. Bauer*, 251 Cal. App. 2d 307 (1967).

⁴⁰⁴ Ver. STS, Sala Tercera, de 3 de octubre de 2000, 7033/2000.

sería posible en aquellos supuestos en los que las ventajas correlativas están unidas causalmente al daño al que se pretenden contraponer⁴⁰⁵, que en este caso se refieren a aquellos gastos prenatales y postnatales propios de la existencia de un embarazo, lo cual como es de suponer no se produce respecto de todos los daños que en el marco de estas reclamaciones, y de aquellas referidas a las de “wrongful birth” y “wrongful life” es posible solicitar. Estos beneficios correlativos no tienen ninguna incidencia causal en aquellos gastos prenatales y postnatales que se deben realizar para atender el acaecimiento del embarazo, por lo que la aplicación de la “offset rule” en esta clase de supuestos, más que compensar daños, descargaría arbitrariamente al dañador de su obligación de resarcir un perjuicio que no genera ningún beneficio recíproco, contraviniendo de manera irrazonable todos los postulados conceptuales propios del sistema de responsabilidad civil. Finalmente, es de destacar que ante la dificultad que supondría calcular estas partidas y subpartidas, y el correlativo beneficio que reduce el monto indemnizatorio, han surgido voces que estiman conveniente rechazar cualquier clase de compensación.

En el marco propio de las reclamaciones “wrongful birth” y, excepcionalmente, en las reclamaciones “wrongful conception” cuando el nacimiento no deseado del niño haya acaecido en circunstancias de malformación, aquellos daños morales producto de la aflicción, dolor y sufrimiento que padecen los padres como consecuencia de la contemplación permanente respecto del estado de salud de su hijo, se adecuan perfectamente a la línea jurisprudencial que los tribunales judiciales de nuestro país han adoptado respecto del daño moral. A diferencia de la jurisprudencia española, quien ha tenido la oportunidad en no pocas ocasiones de pronunciarse a favor de este tipo de perjuicios indemnizables, en Colombia estas reclamaciones resultan aún desconocidas, por lo que la relación evidente entre el daño y la vida discapacitada podría suponer un obstáculo para la aceptación de aquellos. No obstante, la coherencia de este daño indemnizable con la jurisprudencia que a día de hoy han desarrollado los tribunales judiciales sobre el daño moral debe constituir un factor significativo que permita individualizar estos perjuicios del contexto en el que se manifiestan, pues resulta indudable que en el plano psicológico existe una alteración material de aquel estado de bienestar del que disfrutaban los padres, experimentando un sentimiento de frustración y tristeza permanente a causa de la situación que padece el niño.

Tal como hemos estado señalando, este daño moral se traduce en la aflicción o sufrimiento que padecen los padres al contemplar día con día la situación del niño, en el impacto que supone para estos saber que aquel jamás podrá llevar una vida normal, en la angustia que comporta para los padres la consideración que sobre sí mismo pueda llegar a desarrollar el niño a lo largo de su vida, y, finalmente, en la congoja y severa preocupación respecto de cuál será la suerte del niño cuando los padres dejen de existir.

Por otra parte, es necesario afirmar que la aflicción o sufrimiento psicológico padecido por la víctima no genera por sí misma un beneficio que deba compensarse. No puede afirmarse que del concreto acaecimiento de tal aflicción puede surgir correlativamente un beneficio. Por el contrario, dicha afectación solo altera negativamente el estado anímico de los padres. En todo caso, un eventual beneficio solo se predicaría de aquellos gastos ordinarios de manutención, de la vida misma en caso de que se estuviera identificando a esta como el daño a indemnizar, o de todas aquellas

⁴⁰⁵ Esta identidad entre el tipo del beneficio y el del perjuicio también es resaltada por. KANCLER, Magdalena, op.cit. p. 4.

situaciones que se encuentran enlazadas causalmente con el beneficio que se alega, pues es precisamente de aquellas circunstancias fácticas de donde surgen no solo las consecuencias negativas sino también aquellas beneficiosas que deberían de ser compensadas⁴⁰⁶. En este concreto perjuicio, no resulta razonable identificar una consecuencia adicional aparte de la aflicción y dolor que padecen los padres al saber que el niño jamás podrá llegar a tener una vida normal.

En lo que tiene que ver con los daños patrimoniales que suelen señalarse a este respecto, existe una dualidad que resulta interesante: los gastos ordinarios de manutención y aquellos extraordinarios que surgen como consecuencia exclusiva de la condición discapacitada del niño.

Por un lado, los gastos ordinarios de manutención y educación que supone el nacimiento de un niño con malformaciones constituyen un detrimento para el patrimonio económico de los padres, en tanto que se estima que de haberse actuado diligentemente (informar sobre las anomalías genéticas o congénitas tanto de los padres, si se trata de supuestos de diagnóstico preconceptivo, como del *nasciturus*, si nos encontramos hablando de los de diagnóstico prenatal y preimplantacional) el nacimiento no se hubiera llevado a cabo, y por tanto los padres no habrían tenido que asumir los referidos gastos. Por otro lado, los gastos extraordinarios de manutención del niño fungen como un detrimento patrimonial que sufren los padres al tener no solo que asumir aquellos costos que implica la existencia de un niño, *sino también aquellos que surgen como consecuencia exclusiva de la condición discapacitada en la que se encuentra este*, constituyendo una carga económica adicional a la que deben hacer frente los padres durante toda la vida del niño.

Algunos autores han convenido en denominar esta clase de perjuicios como daños reflejos o lo que la doctrina francesa ha coincidido en llamar daño “par ricochet” o daño de rebote⁴⁰⁷. No obstante, estimamos más conveniente dejar a un lado esta denominación, y analizar este tipo de perjuicios como auténticos daños que sufre directamente el afectado, y que se producen a causa del nacimiento en circunstancias de discapacidad, es decir, como aquel detrimento que se experimenta directamente por la persona con total independencia de si el hecho generador de dicho daño también pueda ser susceptible de ser calificado como un perjuicio indemnizable. La separación existente entre el daño y el nacimiento también reviste en el marco de esta teoría de una importancia significativa, pues contribuye a suavizar las críticas y a sortear en alguna medida los obstáculos que se perfilan para este tipo de reclamaciones, por lo que los fundamentos teóricos de la “Trennungslehre” le resultan perfectamente aplicables, al igual que las objeciones que respecto de dicha teoría se han venido formulando

Es posible identificar cierta tendencia en la doctrina española y una patente unanimidad en la jurisprudencia de aquel país a identificar el daño indemnizable en los referidos gastos de carácter extraordinario, y rechazar tal calificación en la asunción que los padres deben realizar respecto de aquellos gastos ordinarios relativos a la manutención y educación del niño, aduciendo variadas razones en este sentido que se

⁴⁰⁶ Oponiéndose en términos generales a la aplicabilidad de tal regla de la compensación en este tipo de reclamaciones. GALÁN CORTÉS, Julio, “Responsabilidad civil médica”, op.cit. p. 438.

⁴⁰⁷ GALÁN CORTÉS, Julio, *Responsabilidad civil médica*, op.cit. p. 438; MACÍA MORILLO, Andrea, *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales. Las llamadas acciones de Wrongful birth y Wrongful life*, op.cit. pp. 383-390.

podrían clasificar desde dos perspectivas. Por un lado, se manifiesta la contradicción que existiría entre el sistema de responsabilidad civil y el derecho de familia al identificar como un perjuicio indemnizable, un deber legal que se fija por la ley, puesto que entienden que los gastos de manutención del niño constituyen auténticos deberes legales que surgen como consecuencia de la paternidad, siendo imposible catalogarlos como un detrimento⁴⁰⁸. Por otra parte, se encuentra un argumento que es exclusivamente referido a las reclamaciones “wrongful birth”, y hace referencia a que en aquellos supuestos la concepción del niño resulta deseada, lo que implica que los padres conscientemente asumen los gastos ordinarios derivados del nacimiento de un hijo, mas no los gastos extraordinarios derivados de la condición enferma, es decir, en estos supuestos es precisamente la condición discapacitada del niño, que en efecto no resulta informada, la que descalifica de alguna u otra manera el deseo de los padres de continuar con el embarazo.

En contraposición a este argumento o tendencia predominante en la jurisprudencia española, existe una corriente argumentativa que es precisamente la que ha defendido el Tribunal Federal Alemán y que ha sido seguida por un importante sector de la doctrina internacional. Esta tesis niega aquella consideración relativa a que en el marco de las reclamaciones “wrongful birth” los padres asumen solo los gastos ordinarios, mas no aquellos extraordinarios, en tanto que la decisión de la gestante solo versaba entre la posibilidad de tener un hijo enfermo o no tenerlo, por lo cual de no haber existido la conducta negligente, podrían presentarse solo dos posibilidades: i) el niño habría nacido enfermo asumiendo los padres la totalidad de los gastos unidos al nacimiento, es decir, tanto aquellos ordinarios como especiales. ii) el niño definitivamente no habría nacido, exonerándose los padres no solo de los gastos extraordinarios sino también de aquellos ordinarios⁴⁰⁹.

En este orden de ideas, es importante señalar que la aceptación de aquellos gastos ordinarios de manutención del niño que nace en condiciones de discapacidad resulta cuanto menos problemática aun a pesar de las interesantes precisiones efectuadas por la jurisprudencia alemana, más allá de la consideración relativa a que los gastos generales de manutención han sido asumidos por parte de los padres al desear la concepción del *nasciturus*. Siendo coherentes con lo anteriormente señalado, coincidimos en afirmar la negativa a identificar en dichos gastos ordinarios un perjuicio indemnizable, pero no por las razones que por lo general se aducen en la doctrina española, en tanto que al menos una de ellas está correctamente desvirtuada por parte de la línea argumentativa sostenida por el BGH. Tampoco por aquella que se fundamenta en que estos gastos surgen como consecuencia de un deber legal que se cristaliza por el mero hecho de ser padres, en tanto

⁴⁰⁸ MARTIN-CASALS, Miquel, SOLÉ FELIU, Josep, “Anticoncepciones fallidas e hijos no previstos”, op.cit. pp. 12-13; Ver. VICENTE DOMINGO, Elena, “El Daño”, op. cit. p. 301. Es importante destacar en este sentido la posición jurídica (minoritaria) de este autor, en donde rechaza este argumento como un obstáculo para la indemnización de aquellos gastos ordinarios de manutención. Señala que: “En conclusión, en estos casos se produce un daño pecuniario cierto y real al margen y con total independencia de que el artículo 150 del Código obligue a los padres a prestar alimentos a sus hijos pues podemos olvidarnos de que esta es una obligación posterior al nacimiento del hijo. Y en este caso fue, precisamente, el nacimiento lo que se había tratado de evitar. Evidentemente, una vez nacido, los padres tendrán obligación tanto de acogerle como de procurarle una educación integral. Y es esta obligación legal la que se tiene que medir para determinar la cuantía del daño. Pero absolutamente independiente de esta obligación de los padres, es el daño pecuniario que el nacimiento del hijo les ocasiona, por los gastos de mantenimiento y educación que de no haber sido por la negligencia del médico en el cumplimiento de su deber de información, no le sería imputable...”.

⁴⁰⁹ BGH de 16 noviembre 1993, *NJW* 1994, p. 788.

que la asunción de los distintos costos que genera la existencia de un niño, sin duda alguna constituyen una afectación al patrimonio económico de los padres, repercusión que adquiere mayor trascendencia si surgen circunstancias como las referidas a las dificultades económicas que pueden manifestarse y que imposibilitan asumir tales erogaciones. En estos casos, no resulta desacertado afirmar la existencia de un detrimento en el patrimonio económico de la víctima, por tal motivo, es posible articular la existencia de tal deber legal con los postulados propios del sistema de responsabilidad civil. Entendemos que el rechazo a identificar estos gastos ordinarios como perjuicios indemnizables tiene que ver con las razones anteriormente expuestas respecto al beneficio que supone para los padres costear aquellos gastos de manutención del hijo⁴¹⁰.

Sin embargo, en estas concretas circunstancias en que el niño nace con malformaciones, los distintos beneficios que surgen a partir de su existencia no compensan todas aquellas situaciones de afectación que se originan a raíz del nacimiento. En este estado de la cuestión, es necesario manifestar que no en todas las circunstancias el nacimiento de un hijo constituye para los padres, en exclusiva, un motivo de alegría, felicidad y satisfacción, por lo que el conjunto de beneficios inherentes a la paternidad, así como aquellos relativos al hecho de vivir, pueden verse reducidos de manera directamente proporcional a la gravedad de las anomalías padecidas. No se pretende negar en el presente trabajo dichos beneficios, pues esto resultaría un despropósito, lo que se busca es ilustrar sobre la idea de que es indudable que las cargas normales que conlleva la paternidad, así como la vida en condiciones normales, se ven superadas en razón a la condición especial del niño, excediendo en esa medida los beneficios que surgen por el mero hecho de ser padre o de vivir. Esto no quiere decir que los padres de niños con graves malformaciones que reclaman una indemnización por los perjuicios patrimoniales experimenten un sentimiento afectivo menor respecto de sus hijos que los padres que tienen descendencia en condiciones normales de salud. De hecho, muchos de ellos demuestran un mayor afecto a los hijos que se encuentran en estas específicas circunstancias desarrollando incluso un sentimiento de sobreprotección. Al margen de lo anteriormente mencionado referente a los daños inmateriales que en el marco de estas reclamaciones se pueden manifestar, otra de estas cargas adicionales que de alguna u otra manera hacen más gravosa la situación de los padres es precisamente la referida a los gastos adicionales que se derivan exclusivamente de la condición enferma del niño. Es claro que estos gastos especiales resultan significativos, por lo que tal detrimento resulta relevante jurídicamente. En resumen, la asunción de dichas cargas económicas extraordinarias constituyen un daño antijurídico en el patrimonio económico de los padres.

Adicionalmente, vale destacar que la concesión de una indemnización a este respecto en donde se tengan en cuenta los gastos extraordinarios que durante toda la vida del niño se deban efectuar, no lesiona la dignidad del ser humano. Por un lado, porque se está examinando de manera individual el perjuicio económico que suponen aquellos gastos extraordinarios con total independencia de la condición psicofísica del niño, así como del amor o cariño que puedan tener los padres sobre sus hijos⁴¹¹, y, por otro lado, porque más que lesionar la dignidad humana del niño lo que hace es resaltarla mucho

⁴¹⁰ Al parecer las consideraciones efectuadas por este autor van en la línea seguida por la jurisprudencia estadounidense. Se tiende a no aplicar tal regla del beneficio en aquellos supuestos en donde el niño nazca en circunstancias de malformación. Ver. KANCLER, Magdalena, op.cit. p. 4.

⁴¹¹ Colocando de manifiesto esta independencia, aun cuando refiriéndose a las reclamaciones “wrongful conception”. VICENTE DOMINGO, Elena, “El Daño”, op. cit. p. 300.

más. Es indudable que la concesión de una indemnización en estas particulares circunstancias favorece de manera insoslayable la situación del niño, y aumenta de manera considerable las oportunidades que *a priori* resultan reducidas a causa de las limitaciones físicas a la que se ve expuesto. A partir de aquí, es evidente hablar de la posibilidad de desarrollar una vida en mejores condiciones que aquella que se pudiera realizar de no contar con dicha indemnización. Esta indemnización además de reparar los daños correspondientes, sin duda alguna mejora la calidad de vida del afectado.

En este orden de ideas, tanto en el marco de las reclamaciones “wrongful birth”, así como en el de aquellas reclamaciones “wrongful conception”, en donde el nacimiento del niño se produce en condiciones de malformación, deben ser considerados como auténticos perjuicios indemnizables aquellas erogaciones pecuniarias que hacen referencia a los gastos extraordinarios que surgen exclusivamente de la enfermedad del niño y, en principio, rechazarse tal consideración en las relativas a los gastos ordinarios de manutención. Por lo general, salvo supuestos muy excepcionales en donde dadas las circunstancias concretas del caso los beneficios de la paternidad no resultan suficientes, estos gastos ordinarios son compensados por tales beneficios, lo cual le quita entidad a una eventual afectación que se pudiera producir en el patrimonio económico de los padres. Entendemos que identificar como perjuicios indemnizables los gastos ordinarios del niño que se encuentra en circunstancias de discapacidad, sería crear el escenario propicio para la concesión de indemnizaciones que más que resarcir enriquecerían injustamente a la víctima, toda vez que aun en estos casos no es posible descartar la alegría y felicidad que supone para los padres la existencia de un hijo. Lo anterior, por mucho que este padezca las anomalías congénitas que dan causa a una reclamación de responsabilidad. Estos gastos se encuentran directamente relacionados con la vida del niño, con su existencia, incluso con el crecimiento de los hijos. La alegría que experimenta un padre al vestir a su hijo, alimentarlo personalmente, comprarle un juguete, son situaciones que nacen como consecuencia directa de aquellos gastos de manutención; beneficios o situaciones positivas que no pueden dejar de tenerse en cuenta en la determinación y valoración del daño. Por otra parte, los gastos extraordinarios, aun cuando en algunos casos también permiten garantizar la existencia del niño, se relacionan directamente con su enfermedad o anomalía, no siendo directamente predicables aquellos beneficios de este concreto detrimento económico. Pero sobre todo, aun cuando se pudiera estimar tal predicación, es indudable que estos gastos en la mayoría de las ocasiones no tienen ningún punto de comparación con los gastos ordinarios de manutención. Es decir, resultan sumamente preponderantes, por lo que el impacto en el patrimonio material de los padres suele ser mucho mayor, haciendo mucho más distante cualquier equilibrio o equiparación entre los supuestos beneficios y el referido impacto económico.

Finalmente, en lo que respecta a los legitimados para incoar una reclamación de responsabilidad sobre la base de este tipo de daños, hay que mencionar que las características de los mismos abren las puertas a que sujetos distintos de los padres puedan encontrarse legitimados para solicitar una indemnización en este sentido; lo que otorgaría la posibilidad a terceros de solicitar indemnizaciones tanto por el detrimento moral como patrimonial que supone para el demandante la vida discapacitada del niño. Tal como se mencionó en el primer capítulo de este estudio, cabe la posibilidad de que determinados sujetos distintos a los padres resulten afectados indirectamente por la conducta médico-asistencial negligente, siendo precisamente los daños que en el presente epígrafe estamos estudiando aquellos que otorgan dicha posibilidad. Para ello,

habrá que acreditarse por parte del demandante que efectivamente se ha experimentado un menoscabo tanto en su esfera moral como patrimonial a causa de la situación que padece el niño.

En lo referente a la afectación moral que puede generar la condición discapacitada del niño, es forzoso señalar que cuando sea alegada por sujetos distintos de los padres esta debe acreditarse de tal manera que se verifique la existencia de tal afectación, no operando la presunción legal del padecimiento de dicho daño como sucede cuando fungen como demandantes los padres del niño⁴¹². No obstante, es posible que dicha presunción *iuris tantum* opere en aquellos supuestos en donde estos sujetos sostengan una permanente convivencia con el niño, caso en el cual dicha afectación en términos generales puede resultar manifiesta⁴¹³. De igual manera, es posible desvirtuar dicha presunción de la cual se privilegia a los padres en aquellos casos en donde no se evidencia proximidad alguna entre estos y el niño. Sea como fuere, es necesario atender las circunstancias de cada caso en concreto a efectos de acreditar la existencia de un perjuicio indemnizable en cabeza de estos sujetos.

En lo relativo al daño patrimonial, estimamos que dicha afectación también podría recaer en cabeza de sujetos distintos a los padres, concretamente, en aquellos supuestos en donde estos sean los llamados a asumir los gastos ordinarios de manutención, así como los extraordinarios relacionados con la enfermedad del niño. En estos supuestos, se aplican las mismas consideraciones a las que anteriormente hicimos referencia, identificando como daño indemnizable aquellos gastos extraordinarios relacionados con la enfermedad. No existe, pues, un argumento lo suficientemente razonable que justifique aquella tendencia que se ha pretendido defender, específicamente en lo que se refiere a calificar como un perjuicio indemnizable, aquellos gastos extraordinarios relacionados con la enfermedad del niño cuando los mismos deban ser asumidos por parte de los padres, y rechazar tal posibilidad cuando quienes los asuman sean sujetos distintos. Piénsese en aquellos casos en donde por cualquier razón un hermano del padre o, más interesante aún, un extraño se hace cargo de los gastos unidos al nacimiento del niño que nace en condiciones de malformación. Aquí el detrimento económico no recae sobre el patrimonio material de los padres sino en el patrimonio económico del sujeto de que se trate, es decir, de aquel que está asumiendo los gastos que exige la condición especial del niño, incluso puede surgir el interrogante relativo a si en estas concretas circunstancias los gastos de mantenimiento y educación del niño son compensados por el beneficio que supone para el sujeto la existencia de aquel, interrogante que incluso podría trasladarse al marco de las reclamaciones “wrongful conception” si quien asume estos gastos es precisamente un sujeto distinto a los padres del niño.

⁴¹² En este aspecto resultan interesantes las consideraciones realizadas por este autor en lo referente a la acreditación del perjuicio moral. HENAO, Juan, op.cit. pp. 236-237.

⁴¹³ Sobre esta cuestión, es de resaltar el pronunciamiento de este autor, a nuestro juicio equívoco, quien al parecer hace suyas las consideraciones de la Corte Suprema en donde restringe esta presunción *iuris tantum* solo a aquellas personas que ostentan estrechas vinculaciones de familia con la víctima directa. SANTOS BALLESTEROS, Jorge, op.cit. p. 495.

5.2.3 La alteración en las condiciones de existencia de los padres a raíz del nacimiento del niño

En el derecho francés se suele hacer referencia a un perjuicio de orden inmaterial que resulta aún en la actualidad rechazado en algunos ordenamientos jurídicos, tal es el caso del daño inmaterial denominado por la doctrina francesa como: *troubles dans les conditions d'existence*. En palabras del profesor Chapus, este perjuicio radica en la “modificación anormal del curso de la existencia del demandante, en sus ocupaciones, en sus hábitos o en sus proyectos”⁴¹⁴. Este daño extrapatrimonial que se caracteriza por gozar de total autonomía respecto al daño moral propiamente dicho, se enfoca en la repercusión negativa o efecto inmediato que se genera en los hábitos, estilos de vida y el curso cotidiano de las actividades ordinarias del afectado. Dicho de otro modo, se refiere a la repercusión directa que podrían generar eventos como la muerte de un familiar, la ocurrencia de determinada lesión física de gravedad, sea en su persona o en la de algún allegado, o cualquier otro hecho que ostente la entidad suficiente para alterar de manera trascendentalmente negativa el *modus vivendi* de cualquier persona.

Es importante destacar la renuencia existente hasta no hace muchos años en Colombia a aceptar este perjuicio indemnizable como un auténtico daño antijurídico que por sí mismo pudiera permitir la concesión de indemnizaciones por parte de los tribunales judiciales. Es cierto que a través de la figura del perjuicio fisiológico, muchas veces relacionado con el denominado daño a la vida de relación, se inició un acercamiento importante respecto a la idea de afirmar un daño en la alteración o modificación anormal del comportamiento social del afectado, en la trascendencia que dicha lesión física supone para la esfera externa de la víctima; lo cual de alguna u otra forma permitió identificar en tal circunstancia -ámbito propio de aquellas actividades sociales no patrimoniales- un daño antijurídico por sí mismo⁴¹⁵. Sin embargo, surgía la necesidad de que el afectado experimentara la existencia de una afectación cualificada en su integridad física, de manera tal que generara consecuencias trascendentales en su esfera externa. Adicionalmente, dificultaba la posibilidad de que los familiares que se vieran gravemente perturbados por la pérdida de un ser querido pudieran solicitar indemnizaciones a causa de la alteración que sin duda alguna genera en la vida diaria y cotidiana de sus allegados la muerte de la víctima, pues como es natural, la inexistencia de una lesión física en la persona de los demandantes imposibilitaba hablar de la existencia de un perjuicio fisiológico⁴¹⁶.

Teniendo en cuenta estas dificultades, que se traducían como un obstáculo injustificado para la concretización de los postulados propios del artículo 16 de la ley 446 de 1998 -que en lo que respecta a la tarea relativa a la identificación de los daños indemnizables obliga a los jueces a seguir como parámetro fundamental de orientación los principios de reparación integral y de equidad, los cuales fungen como necesarios

⁴¹⁴ CHAPUS, René, *Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*, Citado por. HENAO PEREZ, Juan, op.cit. p. 252.

⁴¹⁵ Esta sentencia fue la que adoptó expresamente por primera vez en Colombia este nuevo subconcepto dañoso -perjuicio fisiológico, denominándolo también daño a la vida de relación-. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera, Expediente No. 7428, de 6 de mayo de 1993. C.P. Julio Cesar Uribe Acosta. Destacando la importancia de este fallo, en tanto que era la primera vez que en el derecho nacional de manera expresa se reconocía una categoría o especie nueva e independiente de perjuicios a los ya tradicionales (daño moral – daño patrimonial). Ver. SAAVEDRA BECERRA, Ramiro, op.cit. p. 652.

⁴¹⁶ Efectuando un importante análisis sobre tal situación. Ver. HENAO PEREZ, Juan, op.cit, p. 274-280.

para preservar el absoluto respeto y la integridad de los derechos superiores consagrados en la Carta Política-, así como de aquellos relativos a los contemplados en los preceptos constitucionales, tales como la prevalencia del derecho sustancial, el sometimiento al imperio de la ley y la adopción de los criterios auxiliares de la actividad judicial (jurisprudencia, doctrina, equidad, principios generales del derecho...), se hizo necesario ir abandonando paulatinamente el “viejo” concepto del “perjuicio fisiológico”, para empezar a hablar más específica e independientemente de un daño a la vida de relación. Así pues, con la adopción de esta tipología sin hacer referencia al denominado perjuicio fisiológico se satisfacían en mayor medida criterios fundamentales en la responsabilidad civil como el relativo a la reparación integral de la víctima, en tanto que la afirmación del daño ya no iba a depender de la lesión física que padeciera esta sino de cualquier afectación que tanto en el plano físico o psicológico pudiera llegar a padecer.

Es evidente el mayor desarrollo que en este sentido ha sostenido la jurisprudencia del Consejo de Estado. De hecho, a nuestra consideración ha sido su jurisprudencia la que ha resultado más activa en la identificación de nuevos daños extrapatrimoniales que se diferencian del daño moral propiamente dicho⁴¹⁷. El fallo del Consejo de Estado de 19 de julio de 2000, puede ser un importante ejemplo de ello, en donde con la finalidad de otorgar mayores garantías al derecho a la reparación integral de las víctimas se empieza a rechazar la conveniencia de hablar de “perjuicio fisiológico” y a consolidar “el daño a la vida de relación”. Línea argumentativa que al parecer fue acogida por parte de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y en la que hasta la actualidad ha seguido apoyando su jurisprudencia⁴¹⁸.

Precisamente, haciendo gala de ese papel activo que a este respecto hemos destacado en la jurisprudencia del Consejo de Estado, esta corporación, a partir del 2007 modificó nuevamente su línea argumentativa y optó por denominar el daño a la vida de relación, antes entendido como perjuicio fisiológico, como “alteraciones a las condiciones de existencia”⁴¹⁹, entendiendo que aquellos se encontraban inmersos dentro de esta categoría; que abarca a su vez la posibilidad de brindar a las víctimas la garantía a una reparación más justa e íntegra⁴²⁰. Finalmente a partir del 2011, con sentencia de unificación de 14 de septiembre de 2011, la jurisprudencia del Consejo de Estado modificó sustancialmente la línea interpretativa que venía manejando, señalando que el daño denominado alteraciones a las condiciones de existencia, se denominaría en adelante “daño a la salud”, estableciendo de manera concreta que tanto el perjuicio denominado “daño a la vida de relación”, como aquel relativo a las “alteraciones graves a las condiciones de existencia” se encuentran inmersos en el denominado daño a la

⁴¹⁷ Incluso se ha realizado reconocimientos expresos de esta situación por parte de la jurisprudencia civil. Ver. M'CAUSLAND SANCHEZ, María, op.cit. p. 69.

⁴¹⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Expediente No. 9327, de 30 de enero de 2001, M.P. César Julio Valencia Copete; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Expediente No. 33833, de 25 de agosto de 2010, M.P. Yesid Ramírez Bastidas.

⁴¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Tercera, Expediente No. AG-385, de 15 de agosto de 2007, C.P. Antonio María Ordóñez Sandoval.

⁴²⁰ Ver. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera, Expediente No. 16925, de 20 de mayo de 2009, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera, Expediente No. 18433, de 3 de febrero de 2010. C.P. Ruth Stella Correa Palacio; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera, Expediente No. 19032, de 21 de febrero de 2011, C.P. Hernán Andrade Rincón; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera, Expediente No. 19159, de 10 de marzo de 2011, C.P. Danilo Rojas Betancourth; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera, Expediente No. 19032, de 24 de marzo de 2011, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

salud. Así pues, en la actualidad la línea jurisprudencial del Consejo de Estado, si bien sigue indemnizando estos perjuicios, haciendo referencia bien al daño a la vida de relación, bien a las alteraciones graves a las condiciones de existencia, no lo hace bajo esa expresa denominación, sino bajo la denominación del daño o perjuicio a la salud. Por otra parte, no puede decirse lo mismo de la Jurisprudencia civil quien hasta ahora ha estimado conveniente en continuar con la tradicional tipología del daño inmaterial; señalando que la tipología relativa al daño a la vida de relación satisface de manera idónea el principio de la reparación integral. En términos generales, y con total independencia de la denominación concreta que pueda adquirir un daño o perjuicio a resarcir en una u otra jurisdicción, lo que se busca reparar con esta concreta tipología indemnizatoria, es la afectación que supone para la víctima la alteración de su *modus vivendi*, del curso de su existencia, la pérdida de la posibilidad de ejecutar aquellas actividades vitales que hacían más placentera y agradable su vida. Así pues, más que hablar de un rechazo en cuanto a este tipo de daños, podríamos afirmar que aun cuando la clasificación de la tipología de los perjuicios inmateriales sea distinta, materialmente existen similitudes en lo referente a estos perjuicios no patrimoniales.

Por su parte, en el ordenamiento jurídico español, el estudio de este tipo de daños - alteración en las condiciones de existencia- suele identificarse bajo la denominación de daño a la vida de relación o pérdidas de las alegrías de la vida. Si bien ha sido la doctrina quien más énfasis ha efectuado en el desarrollo de este tipo de perjuicios, no es menos cierto que la jurisprudencia también se ha pronunciado sobre la resarcibilidad de estos perjuicios de orden inmaterial. Ahora bien, es innegable la disparidad que existe en aquel país, incluso en la actualidad, sobre la naturaleza de esta clase de perjuicios, en tanto existen autores que los clasifican en el marco de categorías independientes que integran el concepto general de daño inmaterial, mientras que existen otros que, atendiendo a la tendencia mayoritaria de considerar el daño moral como aquellos perjuicios que se oponen a los de orden material o patrimonial, clasifican el daño a la vida de relación, en el marco de aquellos. Sea como fuere, es posible destacar que este tipo específico de perjuicios constituyen una de las distintas categorías que tradicionalmente se han elaborado en el ámbito de los daños no patrimoniales, por lo que si en el marco de cualquier tipo de circunstancias es posible evidenciar una significativa alteración negativa en el *modus vivendi* o en el curso habitual de la existencia de la víctima, con ocasión a la actividad dañosa de un sujeto, podría perfectamente evaluarse la posibilidad de identificar un daño indemnizable en este concreto aspecto.

Con independencia de la denominación que tanto en nuestro ordenamiento jurídico como en el español pueda adquirir la tipología del daño inmaterial relativa a las “alteraciones graves a las condiciones de existencia”, que tal como tuvimos la oportunidad de analizar, varía según si estamos hablando de la jurisprudencia del Consejo de Estado o de la Corte Suprema de Justicia si nos referimos al derecho jurisprudencial de nuestro país; en el presente estudio seguiremos haciendo referencia a esta concreta denominación (alteración grave a las condiciones de existencia), en tanto consideramos es la que más se adecua a lo que concretamente se pretende indemnizar. Partiendo de la anterior precisión, resulta significativo señalar la relación existente entre el perjuicio autónomo, alteración en las condiciones de existencia, y las reclamaciones que en el marco del presente estudio estamos abordando.

El nacimiento inesperado de un niño en condiciones óptimas de salud a causa del comportamiento médico-asistencial negligente, crea indudablemente en el curso normal

de las condiciones de vida de los padres, ciertas modificaciones trascendentales en su existencia propiamente dicha, pero muy difícilmente podríamos calificar dichas alteraciones como una mengua o un detrimento a los intereses jurídicos protegidos por cualquier ordenamiento. En efecto, no es posible determinar la anormalidad en la alteración de la situación personal o familiar de los padres, así como tampoco afirmar aquel reducto de afectación que supone el dejar de realizar aquellas actividades cotidianas que hacían parte de su vida. Es preciso afirmar que la esencia de este tipo de perjuicios recae en la necesidad de que dicha alteración en el curso de la existencia ostente una clara connotación negativa, que se logre determinar que a raíz de la conducta lesiva existe un menoscabo o afectación en la esfera externa de la víctima, en esas actividades sociales de orden no patrimonial que son propias e inherentes a todos los seres humanos. En consecuencia, y siendo coherentes con lo dicho a lo largo de este capítulo, el nacimiento de un niño en condiciones óptimas de salud, bajo ninguna circunstancia, podría constituir una afectación a esa esfera externa de los padres, al menos no en los términos en los que se estima necesario para calificarlos como perjuicios indemnizables. En atención a los anteriores razonamientos, y, al margen de aquellos casos en donde el nacimiento se lleva a cabo en circunstancias graves de discapacidad, intentar identificar este tipo de daños en el ámbito de las reclamaciones “wrongful conception” podría resultar cuanto menos dudoso, siendo forzoso aconsejar su rechazo.

En lo que hace referencia al nacimiento en condiciones graves de discapacidad, la cuestión no puede ser abordada de la misma manera. La muerte o el padecimiento de lesiones físicas graves en la víctima, han constituido aquellos eventos tradicionales que por lo general han dado causa a la aparición de esta tipología concreta del daño inmaterial, pero ello no quiere decir que exista algún grado de exclusión respecto de cualquier otro tipo de eventos que por su entidad y trascendencia sean susceptibles de alterar de manera anormal las condiciones de existencia del demandante. Así pues, el nacimiento en condiciones graves de discapacidad de un hijo a causa de la conducta médico-asistencial negligente constituye, a nuestro parecer, uno de estos eventos o circunstancias fácticas que pueden llegar a alterar de manera anormal el curso cotidiano de la vida de los padres, en tanto que es indudable que la incidencia que de suyo conlleva la existencia de un hijo con graves malformaciones en la vida tanto personal como familiar de los padres es sumamente determinante.

De cualquier manera, no sería acertado establecer una generalización a este respecto, puesto que es necesario que tal alteración en efecto se manifieste, que se logre acreditar la presencia de una modificación anormal en el curso de la existencia de los padres⁴²¹. Es indudable que el impacto que genera el hecho del nacimiento tanto en la esfera interna como en la patrimonial de estos, constituye cuanto menos un presupuesto importantísimo para determinar la afectación que en el ámbito externo ostenta este hecho. El desmejoramiento en la clase o calidad de vida de los padres -el cual no solo se puede predicar desde la perspectiva de no poder volver a llevar a cabo aquellas actividades sociales no patrimoniales que estos solían realizar, sino también desde la alteración en la situación económica- se encuentra concatenado con la repercusión que supone la existencia de un hijo en tales condiciones, de manera tal que si el impacto no resulta tan trascendental, bien por la escasa entidad de la anomalía congénita, bien por asumir de

⁴²¹ Haciendo énfasis en lo riguroso que son los tribunales colombianos, en algunas ocasiones, en cuanto al reconocimiento de este tipo de daños, en razón a la falta de acreditación del mismo. HENAO PEREZ, Juan, op.cit, p. 273-274.

una mejor manera la condición del niño junto al hecho de que se ostenta una óptima situación económica para enfrentar tal tesitura, es probable que tal circunstancia se pueda reflejar en la esfera externa de los mismos, siendo posible aminorar la cuantía de la indemnización o incluso no evidenciar tal alteración en el *modus vivendi* de los padres, lo cual permitiría descalificar la existencia de este concreto perjuicio indemnizable.

Por otra parte, sí consideramos que tales perjuicios difícilmente podrían ser afirmados en el marco de las reclamaciones “wrongful life”. Es evidente que dadas las características intrínsecas de este tipo de daños, aun cuando se traten de perjuicios inmateriales, el método de identificación que resulta más adecuado a ellos es el relativo al de la comparación o el de la diferencia, de suerte que surge la necesidad de acreditar tal alteración en las condiciones de existencia. En consecuencia, tal modificación entre la situación anterior y la que efectivamente se padece posteriormente, se hace realmente complicada en sede de las reclamaciones “wrongful life”. Es cierto que tal método de identificación no debe ser aplicado de manera general a todos los perjuicios indemnizables, pues podría repercutir en la afectación al principio de reparación integral, pero esto no quiere decir que sea muy acertado rechazar su aplicación de manera general⁴²². El niño que nace con las graves malformaciones o anomalías psicofísicas difícilmente puede identificar una modificación del curso de su existencia, difícilmente se puede hablar de una alteración anormal. Estaríamos yendo muy al extremo al tratar de señalar que el nacimiento en tales circunstancias supone para el niño la afectación en su esfera externa, al menos desde el punto de vista de la existencia de cierta modificación anormal. Alteración que en estos supuestos, y más específicamente en lo referente a este tipo de daños, necesariamente debe partir de la experiencia personal de la víctima, y no de parámetros de normalidad, como puede analizarse respecto de algunos otros tipos de perjuicios. No obstante, al parecer hay quien se ha animado a calificar en supuestos similares, aunque ni mucho menos iguales, la posibilidad de identificar este perjuicio inmaterial -alteraciones en las condiciones de existencia- en cabeza del niño que nace sin padre debido a la conducta negligente de un tercero⁴²³. Sin embargo, esto nos parece dudoso también por las mismas razones anteriormente señaladas, no creemos que en el futuro el niño experimente una alteración en su vida, si desde un principio o desde que tiene uso de razón la concibió de la misma manera. En estos casos, el método de la comparación se hace necesario para identificar esta clase específica de daños, a diferencia de cómo puede suceder con otros daños inmateriales., v.gr, la aflicción o sufrimiento que padece el niño por verse en las condiciones en las que se encuentra.

De conformidad con lo anteriormente señalado, entendemos que esta tipología del daño inmaterial puede ser perfectamente introducida en el marco de las reclamaciones “wrongful birth”, así como en aquellos supuestos relativos a las demandas “wrongful conception”, en donde el nacimiento del niño se lleva a cabo en circunstancias de malformación. Sin embargo, estimamos debe ser rechazado en el marco de las reclamaciones “wrongful life”, por las razones anteriormente mencionadas.

⁴²² Rechazando al parecer de manera general la referida teoría de la diferencia. PANTALEON PRIETO, Fernando, “Artículo 1902”, *Comentarios del Código Civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1993, p. 1989-1991.

⁴²³ HENAO PEREZ, Juan, op.cit. p. 235.

6. LA IDENTIFICACIÓN DEL DAÑO INDEMNIZABLE EN EVENTOS DISTINTOS AL HECHO DE VIVIR EN EL MARCO DE LAS DEMANDAS “WRONGFUL LIFE”

6.1 Teorías no válidas para calificar los perjuicios allí identificados como auténticos daños indemnizables

6.1.1 La identificación del daño en las malformaciones graves padecidas por el niño

La determinación del daño indemnizable en el marco de esta línea argumentativa se enfoca en las malformaciones graves que padece el niño, en la afectación física o psíquica que afecta al niño desde el mismo momento del nacimiento y que es lo que provoca una serie de dificultades a lo largo de su vida. Se parte, en efecto, de la separación entre la vida del niño y las malformaciones graves padecidas por este, fundamentándose la reclamación de responsabilidad civil o patrimonial exclusivamente en la existencia de dichas anomalías. Es claro que las malformaciones graves e incurables constituyen un presupuesto fáctico obligatorio para este tipo de demandas, y que son precisamente las referidas anomalías las que generan aquel sentimiento de frustración y desazón que lleva a la interposición de dicha reclamación. De hecho, el carácter no deseado del niño en estas demandas surge exclusivamente de la existencia de aquellos defectos congénitos.

No obstante lo anterior, resultan cuanto menos evidentes el cúmulo de dificultades que encierra identificar el daño exclusivamente en las malformaciones o anomalías que padece el niño.

Así las cosas, un primero argumento, que a nuestra consideración no resulta muy acertado, va dirigido a la dificultad que supone calificar dichas malformaciones congénitas como un daño o perjuicio, en tanto que el niño ha nacido con ellos. Dicho de otra manera, no puede existir ningún detrimento o menoscabo en el estado de salud del niño si no puede hallarse un empeoramiento respecto de una situación anterior. Se parte de la base de que tal comparación no puede realizarse con aquel parámetro general de salud que se estima normal sino con el estado de salud que experimenta el niño desde su existencia, ya que es imposible hacerlo respecto de su no-existencia⁴²⁴. No obstante, existen argumentos, que con muy buen criterio, desvirtúan estas afirmaciones y señalan la viabilidad de establecer comparaciones entre aquel parámetro general de un estado de salud normal y las condiciones concretas en las que nace el niño⁴²⁵. Se señala que aunque objetivamente no hay un empeoramiento en la salud de este, sí existe una alteración material respecto a la consideración de lo que usualmente se entiende como un estado normal de salud.

Por otra parte, también es posible encontrar argumentos que resaltan la incurabilidad de las malformaciones graves para señalar que no es posible identificar en estas el daño sobre el cual se fundamentan las reclamaciones “wrongful life”, toda vez

⁴²⁴ VINEY, Geneviève, *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*, LGDJ, Segunda edición, Paris, 1995, p. 66.

⁴²⁵ NOVELLINO, Norberto, *Derecho de daños*, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 2000, pp. 249-251. En este mismo sentido parece apuntar. EMALDI CIRION, Aitziber. Op.cit. p. 246.

que no existía ninguna posibilidad de que el niño naciera en condiciones óptimas de salud. En consecuencia, se entiende que es ilógico que se hable de un perjuicio en contra del demandante por la pérdida de una situación que resultaba imposible que se llevara a cabo.

Finalmente, estimamos interesante resaltar dos líneas interpretativas adicionales que también se enfocan en rechazar cualquier posibilidad de identificar en las malformaciones graves el daño indemnizable. En primer lugar, aquella que hace referencia a la inescindibilidad que existe entre la vida del niño y el evento biológico y natural relativo a la malformación congénita. Así, pues, al identificar dichas anomalías congénitas como un daño, necesariamente se está calificando la vida como tal. Bajo ningún tipo de circunstancia es posible concebir la existencia del niño sin tales anomalías, por lo que es necesario señalar que las mismas conforman un todo con la existencia del niño. En segundo lugar, encontramos un argumento que se encuentra íntimamente relacionado con el primero, aun cuando es de destacar que carece en realidad de la suficiente solidez argumentativa. Es el que se refiere a la dificultad que supone establecer un nexo etiológico entre la conducta médica y la existencia de las malformaciones graves objeto de reclamación, pues es bien sabido que dichas anomalías individualmente consideradas surgen como consecuencia del azar o de los defectos genéticos propios de los padres mas no de la conducta negligente del médico, ya que esta se limita a no informar a los padres del demandante sobre las anomalías que este, de hecho ya presenta⁴²⁶. Así pues, además de la imposibilidad de establecer una separación entre la vida y aquellas malformaciones, tampoco sería posible –según esta línea argumentativa- atribuirle su existencia a la conducta negligente del profesional de la salud.

No obstante lo anterior, y al margen de este cúmulo de líneas interpretativas que tienen por objetivo rechazar las malformaciones o anomalías congénitas como el daño a indemnizar en este tipo de reclamaciones, estimamos que no es precisamente en estas malformaciones o anomalías congénitas en donde realmente se ubica el daño o perjuicio a indemnizar. Entendemos que son estos hechos o circunstancias los que determinan de manera real y clara aquellos eventos o sucesos que en realidad sí constituyen los daños o perjuicios a resarcir, razón por la cual no resultaría acertado identificar en dichas malformaciones o anomalías un perjuicio o desmedro que, al menos allí, no existe.

6.1.2 Teoría del daño por lesión al derecho a no nacer

Es posible identificar en la existencia de un supuesto derecho del niño a no nacer otro de los fundamentos teóricos en los que algunos autores han encontrado sustento para defender la viabilidad de las reclamaciones “wrongful life”.

Se parte de la consideración de que todo ser humano ostenta un derecho a no nacer, es decir, de la potestad que ostentan los niños de decidir sobre su existencia. Naturalmente, este supuesto derecho adquiere mayor relevancia en aquellos casos en donde la vida del niño se manifiesta en circunstancias de discapacidad, pues surgen razones evidentes a partir de las cuales el niño habría preferido no haber nacido a tener que experimentar una vida insoportable a causa del sufrimiento que supone vivir en tales

⁴²⁶ MACÍA MORILLO, Andrea, *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales. Las llamadas acciones de Wrongful birth y Wrongful life*, op.cit. p. 419.

condiciones. Se estima que la lesión a tal derecho se efectúa en el momento en que en virtud de la prestación médico-asistencial no se informa a los padres respecto de las anomalías genéticas que padecen los mismos (etapa preconceptiva) o el embrión, sea que se encuentre en el útero o fuera del él (etapa prenatal), por lo que no se puede optar por evitar la concepción, declinar la transferencia de embriones al útero o ejercer la facultad de interrupción del proceso de embarazo. Así pues, dicha conducta evita que los padres puedan impedir el nacimiento discapacitado del niño, y por tanto hacer prevalecer el referido derecho.

Al parecer, con la finalidad de otorgarle mayor legitimación a la vigencia de tal teoría, se ha estimado que el nacimiento en circunstancias de malformación no supone un beneficio sino que por el contrario podría suponer un perjuicio no solo para el niño sino para toda la sociedad. Por una parte, se alega que la vida en tales circunstancias supone tanto para el niño como para sus padres una fuente de sufrimientos y de congoja que no puede resultar indiferente en el plano jurídico. Por otro lado, se señala que se genera un perjuicio tanto al Estado como en la humanidad. Respecto al primero, en cuanto a los gastos que indudablemente supone para el sistema de seguridad social la atención médica, en ocasiones vitalicia, de un niño con anomalías congénitas, con el agravante de que en algunos casos dichas erogaciones pecuniarias pueden resultar altamente onerosas. En cuanto al segundo, siguiendo una línea estrictamente eugenésica a nuestra consideración, señala que la procreación de un niño con anomalías implica un aumento de enfermedades que comprometen el patrimonio genético no solo de la familia sino también de la humanidad en general. Es decir, al parecer se está censurando la procreación de niños con anomalías congénitas aun cuando exista el consentimiento de los padres, lo cual más allá de propugnar por un derecho a no nacer, parece optar por la imposición de nacimientos solo en condiciones óptimas de salud⁴²⁷.

A pesar de lo anterior, salta a la vista la cantidad de dificultades que supone afirmar un derecho a no nacer, no solo desde el punto de vista ético y religioso sino también desde el punto de vista jurídico. La principal crítica que, con muy buen criterio, se efectúa a la existencia de tal derecho, se refiere a la titularidad del mismo. La adquisición de derechos por quien carece de capacidad jurídica, y, que adicionalmente, frente al derecho ni siquiera es considerado una persona humana, dificulta en grandes proporciones la afirmación de que el *nasciturus* o, peor aún, el *concepturi* puedan ser titulares de derechos. Tanto en el ordenamiento colombiano como en el ordenamiento español, no es posible hablar de una titularidad de derechos en cabeza del *nasciturus* desde antes de su nacimiento, pues solo a partir de él es cuando es posible hablar de un sujeto de derechos, lo que no obsta para que se realicen pactos o acuerdos en su favor, pero que de cualquier manera solo tendrían efectos a partir del inicio de la vida del niño. No obstante, la existencia del derecho a no nacer, busca precisamente evitar el hecho que le podría otorgar cierta realidad jurídica al mismo, por lo que resulta imposible pretender la existencia de tal derecho⁴²⁸.

Ante estas circunstancias, algunos autores no hacen especial referencia a este derecho, sino que realizan una especie de modulación del mismo para tratar de evitar las críticas dirigidas a que la aceptación de un derecho a no nacer implicaría cierto desvalor a la idea de vida. Así, pues, se habla de un derecho a nacer completamente sano tanto desde la esfera psíquica como la física. Se parte de la base de que todas las personas se

⁴²⁷ EMALDI CIRION, Aitziber, op.cit. pp. 241-242.

⁴²⁸ Ibid. p. 243.

encuentran de alguna u otra manera obligadas moralmente a no generar penas y sufrimientos al mundo, como en efecto sucedería si de conocer la existencia de anomalías en un feto o el alto porcentaje de probabilidad de transmitir defectos genéticos a la descendencia se optara por permitir un nacimiento, se califica dicho actuar como irresponsable, inhumano y violatorio a este derecho. Algunos otros autores no se animan a hablar de la existencia de tal derecho en razón a las dificultades que esto supone, aun cuando dejan ver su rechazo a la conducta de aquellos padres que contando con la tecnología necesaria para identificar las referidas anomalías optan por el nacimiento del niño, entienden que las nuevas tecnologías tienen como finalidad precisamente poner a disposición de las personas nuevas alternativas para la obtención de descendencia sana, por lo que sugiere que una decisión responsable ante el conocimiento de dichas anomalías pasa por impedir el nacimiento del niño⁴²⁹.

Sea como fuere, las críticas resultan evidentes en lo relativo a la afirmación de este derecho a nacer sano, que no es más que una modulación del derecho a no nacer, pues parte de la idea de que toda persona debe nacer en óptimas condiciones, lo cual sugiere al mismo tiempo que ante la imposibilidad de que así sea, no deba optarse por el nacimiento en tanto que violaría el referido derecho. Esta modulación teórica encuentra las mismas dificultades analizadas inicialmente, toda vez que tanto el *concepturi* como el *nasciturus* no constituyen sujetos de derechos capaces de ser titulares de los mismos. Así mismo, se ha descalificado la existencia de tal derecho alegando que no suele existir un fundamento jurídico para los mismos en la mayoría de las legislaciones⁴³⁰, pues de alguna u otra manera supondría una relativización y jerarquización de la vida, es decir, se construirían diferentes tipos de vidas, en donde existiría una clara supremacía de aquella que se encuentra en óptimas condiciones de salud frente a la discapacitada. Situación que desde todo punto de vista se estima una lesión al respeto a la dignidad humana.

En suma, los múltiples obstáculos de orden jurídico, en ocasiones insuperables, dificultan afirmar en el marco del ordenamiento jurídico colombiano, la existencia de un “derecho a no nacer” o “a nacer sano” en cabeza del niño. Igual situación se manifiesta en el marco del ordenamiento jurídico español, en donde tampoco parece resultar de recibo admitir una jerarquización de la vida que suponga la supremacía de unas frente a otras. Por tal motivo, estimamos conveniente rechazar este tipo de argumentaciones como el fundamento base de las reclamaciones “wrongful life”.

6.1.3 Privación de un eventual derecho del niño a ser informado

La privación de un eventual derecho del niño a ser informado también se ha postulado como uno de esos argumentos que tienen como finalidad acreditar la existencia de un daño antijurídico. Se parte de la idea de que la falta de información en la prestación médico-asistencial que genera el falso negativo en los padres, no solo lesiona la facultad de autodeterminación de estos sino también el derecho del niño a ser informado. Es claro que esta clase de teorías o líneas argumentativas parten de que la satisfacción de estos derechos se plasma en la información que se otorgue a otras personas, en estos casos, salvo circunstancias excepcionales, a los padres del niño que

⁴²⁹ Ibid. pp. 244-245.

⁴³⁰ Haciendo referencia al ordenamiento jurídico español. MARTIN-CASALS, Miquel; SOLÉ FELIU, Josep, “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2006”, op. cit. p. 542; ROMERO COLOMA, Aurelia, “Las acciones de wrongful birth y wrongful life en el ordenamiento jurídico español (especial referencia a la responsabilidad civil médica)”, op.cit. pp. 2575-2576.

nace en condiciones graves de discapacidad. Se da por hecho, pues, la existencia de un deber en cabeza de los profesionales de la salud respecto del niño, el cual consiste en informar a sus padres respecto de las anomalías genéticas o congénitas que este padece.

No obstante, resulta cuanto menos complicado pretender afirmar en el marco de las reclamaciones aquí estudiadas, la existencia de un daño antijurídico en la lesión a un supuesto derecho del niño a ser informado. Por un lado, por las dificultades que supone afirmar la titularidad de un derecho en cabeza tanto del *nasciturus* como del *concepturi* y, por otra parte, por cuanto existen serias dudas referente a la entidad que esta eventual lesión pudiera llegar a ostentar en sí misma. En este aspecto resultan totalmente aplicables los argumentos utilizados en el epígrafe anterior, así como los que en su momento se efectuaron a lo largo del capítulo segundo en lo referente a la existencia de un eventual deber de información entre el profesional médico y el niño. Consideraciones que se encuentran dirigidas a señalar la ausencia de titularidad alguna de derechos en cabeza del no nacido, puesto que según la doctrina de la Corte Constitucional, así como del Tribunal Constitucional Español, el *nasciturus* no constituye una persona humana de la cual se pueda predicar la existencia de derechos, ni siquiera del que *a priori* constituye uno de los más importantes: el derecho a la vida⁴³¹.

Ahora bien, resulta igualmente cuestionable que tal supuesto derecho a ser informado pueda adquirir alguna funcionalidad desde la caracterización que ostenta el *nasciturus* tanto en el ordenamiento jurídico colombiano como en el español, a saber: un bien jurídico objeto de protección normativa. Si bien esta consideración protege al feto frente cualquier atentado⁴³² -dejando fuera aquellos supuestos en donde la conducta negligente se verifica en el ámbito preconceptivo, pues ante la ausencia de un feto o embrión no existe ningún bien jurídico que proteger-, no es posible afirmar que pueda existir un atentado en contra de dicho bien por la falta de información que de manera negligente se dejó de suministrar a los padres. En último lugar, vale destacar que la autodeterminación personal es lo que de alguna u otra manera le otorga un sentido a la existencia de un eventual derecho a ser informado, facultad que por obvias razones no es posible destacar en un *nasciturus*, ni mucho menos en un *concepturi*, por lo que no tiene mucho sentido defender la existencia de un derecho que ya de por sí ostenta demasiados obstáculos, y que adicionalmente en esta clase de asuntos carece de la finalidad por la cual este se ha reconocido.

Así pues, creemos que deben rechazarse este tipo de argumentos que buscan identificar en la lesión de un derecho inexistente, un daño que a todas luces resulta cuanto menos ilusorio.

⁴³¹ Véanse dos sentencias emblemáticas que se pronuncian en este sentido. Por parte del ordenamiento jurídico Colombiano. Corte Constitucional, Sentencia C- 355/2006, de 10 de mayo de 2006. M.P. Jaime Araujo Rentería – Clara Inés Vargas Hernández. Por parte del ordenamiento español. Ver. STC, de 11 de abril de 1985, 53/1985.

⁴³² Corte Constitucional, Sentencia T- 627/2012, de 10 de agosto de 2012, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

6.2 Teorías válidas para calificar los perjuicios allí identificados como auténticos daños indemnizables

6.2.1 El daño moral como consecuencia directa de la aflicción interna que padece el niño a causa de malformaciones congénitas o enfermedades que impiden el desarrollo de una vida normal

Es posible identificar determinados eventos o circunstancias fácticas que en el marco de los supuestos propios de las reclamaciones “wrongful life” constituyen por sí mismos auténticos perjuicios antijurídicos; los cuales admiten a su vez, cierto grado de independencia respecto a la vida en condiciones de discapacidad.

Creemos que es perfectamente posible adentrarnos en el estudio de estas reclamaciones superando esa visión restrictiva de este tipo de demandas y comenzar a afirmar el fundamento inmediato de estas en la repercusión que de suyo genera la vida en condiciones de discapacidad. No se trata, pues, de enmascarar el menoscabo real u ocultarlo, como manifiestan los principales detractores de estas reclamaciones haciendo referencia a que es exclusivamente en el hecho de vivir donde realmente se identifica el daño; se trata de identificar aquel evento que realmente es el que determina la decisión de solicitar una indemnización, aquella situación que funge como el detonante para incoar este tipo de demandas de responsabilidad. Dicho de otra manera, lo que se busca dejar indemne no es la existencia discapacitada del niño, sino los efectos que tanto en la esfera inmaterial como patrimonial del niño dicha existencia inevitablemente genera.

Tal como sabemos, y como hemos tenido la oportunidad de señalar, en el Derecho de daños la identificación del perjuicio pasa por la determinación de cuál sería la diferencia entre el estado hipotético en que la víctima se encontraría de no haber padecido los efectos de la conducta dañadora, y la situación real en la que se encuentra a consecuencia de la misma⁴³³. A partir de aquí, se identifica que dicho resultado no solo constituye el menoscabo por el cual se debe indemnizar, sino que es precisamente tal diferencia la que por lo general en términos económicos se debe tasar, lo cual puede plantear algunos problemas cuando nos encontramos hablando de perjuicios inmateriales. Ahora bien, al margen de lo señalado respecto del daño inmaterial denominado “Alteraciones en las condiciones de existencia”, la aplicación de tal teoría en las reclamaciones “wrongful life”, plantea cuanto menos muchos inconvenientes, en tanto que las anomalías o malformaciones padecidas por el niño son de orden congénito, lo que imposibilita hablar de un estado óptimo de salud previo que permita compararlo con la vida que en condiciones de discapacidad debe asumir. Por tanto, dicha comparación solo sería posible entre la hipotética no existencia y la vida en condiciones de discapacidad que en efecto ha tenido que enfrentar el niño; comparación que a todas luces resulta sumamente especulativa y poco objetiva, pues es lógico que la no existencia no es precisamente una situación que se caracterice por su cognoscibilidad ante lo cual pretender una diferencia entre la vida discapacitada y algo totalmente desconocido resulta sumamente irrisorio⁴³⁴.

⁴³³ ROMERO COLOMA, Aurelia, “Las acciones de wrongful birth y wrongful life en el ordenamiento jurídico español (especial referencia a la responsabilidad civil médica)”, op.cit. p. 2573.

⁴³⁴ EMALDI CIRION, Aitziber, op.cit. p. 246; ROMERO COLOMA, Aurelia, “Las acciones de wrongful birth y wrongful life en el ordenamiento jurídico español (especial referencia a la responsabilidad civil médica)”, op.cit. p. 2573. Ambos autores optan por modificar los términos de la comparación.

Así las cosas, esta objeción en la aplicación de tal método de comparación se suma como un argumento adicional a aquellos anteriormente expuestos (la vida es solo una bendición y no un daño, la vida como valor absoluto que no admite relativización, la contradicción de la idea de vida como daño frente a las normas constitucionales...), y dificulta en mayor grado la labor de identificación de perjuicios indemnizables en estas concretas circunstancias. No obstante, es importante señalar que tal teoría de la diferencia ha sido desestimada con muy buen criterio por no pocos autores como un mecanismo de identificación apropiado para todo tipo de daños, más específicamente, como el indicado para la identificación de todos los perjuicios indemnizables en el marco de este concreto tipo de demandas. Se parte de la idea de que el niño sí padece un perjuicio, de que experimenta un menoscabo en sus intereses, de la consideración de que resulta evidente la afectación que para su integridad psicofísica supone experimentar día con día las circunstancias que le son inherentes; dejando a un lado cualquier posibilidad de efectuar comparación alguna⁴³⁵. Dicho de otra manera, se prescinde de la comparación o la diferencia para estimar la existencia de la aflicción o sufrimiento. Así pues, existen circunstancias en donde a pesar de no experimentarse un empeoramiento en las condiciones de salud tanto físicas como morales, toda vez que desde el mismo momento del nacimiento estas le son inherentes a su existencia, es posible identificar eventos que debido a su relevancia legal y constitucional no pueden resultar indiferentes para el derecho.

Esta perspectiva argumentativa es fundamental en el análisis de estas reclamaciones, pero sobre todo para la garantía a la tutela resarcitoria de la víctima, pues a nuestra consideración la dificultad planteada en lo referente a la realización de dicha comparación no resulta suficiente para ocultar o restarle trascendencia a la situación que experimenta el niño a causa de la conducta médica negligente. Así, pues, estimamos conveniente seguir el enfoque trazado por el fallo anteriormente comentado del Tribunal Supremo Holandés, en donde este solo se limita a identificar el perjuicio que efectivamente padece la niña, pues entiende que se ha afectado su bienestar, haciendo caso omiso a cualquier connotación comparativa entre una eventual situación anterior y la que en efecto experimenta. De hecho, niega expresamente que con tal consideración se esté hablando de un *derecho a no existir* o que tácitamente se parta de la idea de que la no existencia sea mejor alternativa que la vida en condiciones de discapacidad. A raíz de esto, también es posible hablar de una línea argumentativa muy interesante a la que antes nos habíamos referido, se trata de aquella que más que abstenerse de utilizar dicha técnica de la comparación, reedifica la misma, no ya estableciendo un paralelo entre la no existencia y la vida defectuosa, sino entre esta y una vida en condiciones totalmente sanas, es decir, con respecto a un parámetro general de salud y normalidad. Sea como fuere, resulta cada vez más evidente que las objeciones tanto de tipo jurídico como aquellas de connotación moral y ética no alcanzan a ostentar la entidad suficiente para desvirtuar la afectación que en toda regla padece el niño al experimentar la vida en tan particulares circunstancias. En consecuencia, la identificación de un perjuicio indemnizable y su consecuente indemnización -si se verifica el cumplimiento de los requisitos necesarios para su concesión- no solo se perfilan como la solución más acertada sino también como aquella necesaria para la garantía de los intereses de las víctimas, que entre otras razones, en el supuesto que nos atañe se tratan por lo general de sujetos de especial protección: los niños.

⁴³⁵ PANTALEON PRIETO, Fernando, “Artículo 1902”, op.cit. p. 1989-1991.

En este contexto, la aflicción, sufrimiento y congoja que experimenta el niño al adquirir conciencia de la magnitud de su condición psicofísica y de los efectos que ello genera en el desenvolvimiento de sus actividades cotidianas, no puede resultar indiferente en cualquier sistema de responsabilidad resarcitoria. La afectación manifiesta que experimenta la víctima afecta las condiciones mínimas de salud física y mental que deben garantizarse. Pretender asimilar la evidente afectación moral que padece el niño al ser consciente de semejante situación como un evento infortunado y lamentable del cual no queda más sino sobreponerse ante tal calamidad, sería tanto como asumir una posición poco garantista frente a los intereses de la víctima, así como un atentado en contra de la dignidad de estos sujetos de especial protección, en tanto que descalificar tal dolor y sufrimiento padecido por un niño hasta el punto de no tenerlo en cuenta como un perjuicio o un daño antijurídico, se traduce en un claro abandono al valor relativo a la dignidad humana, implicaría concebir la vida como la mera existencia biológica del ser humano con total independencia de aquel reducto de dignidad que resulta inherente a cualquier persona. Enfoque ideológico que tal como tuvimos la oportunidad de analizar no es el que más se relaciona con el respeto y garantía al ser humano y tampoco coincide con el que ha venido manejando la Corte Constitucional. En efecto, este sentimiento de frustración y aflicción constituye a nuestra consideración un evento o circunstancia fáctica que puede y debe ser considerada en sí misma como un auténtico daño antijurídico, el cual puede ser perfectamente abstraído del mero hecho de vivir en circunstancias de discapacidad. La causa que genera de forma directa tal sentimiento de angustia o decepción no se involucra con este ni tiene porque hacerlo, de manera tal que se consideren como un todo del cual no pueda predicarse ningún tipo de inescindibilidad, puesto que lo que realmente constituye el motivo por el cual se solicita una reclamación judicial hace referencia a aquella afectación que en su integridad psíquica padece la víctima⁴³⁶.

Tal separación del daño, en los mismos términos que la referida teoría alemana de la *Trennungslehre*, puede ser de perfecta aplicación a este tipo de reclamaciones. Es cierto que el hecho de que sea precisamente el afectado con las malformaciones o anomalías congénitas el que reclame la indemnización por aquellos perjuicios que estima padece, hace más difícil la tarea de identificar dichos perjuicios en eventos distintos o ajenos al hecho mismo de la vida. Se suele negar entidad propia a tales sentimientos de angustia, sufrimiento y congoja que padece el niño y calificar como causa real de dichas reclamaciones la vida en condiciones de discapacidad; se dice que ante la ausencia de tal situación es evidente que tal sentimiento no tendría cabida, por lo que no es precisamente en tal evento en donde realmente se ubica el perjuicio por el que se está indemnizando. En efecto, gran parte de las dificultades y obstáculos en cuanto a la aplicación de la teoría de la separación en estas reclamaciones pasa por negarle entidad suficiente a la afectación que desde la esfera íntima del niño es posible identificar, procediendo a dirigir los argumentos que rechazan este tipo de demandas a la imposibilidad de calificar en la vida discapacitada un perjuicio indemnizable; argumentos que entre otras cosas, tienen gran connotación ética y moral pero que a nuestro parecer, tal como lo evidenciamos en su momento, carecen además de significación jurídica.

⁴³⁶Apuntando a este mismo enfoque aun cuando ubica el daño antijurídico más que todo en la vida discapacitada. JUNKER, Claudia., op. cit., p. 662. Cit. MACÍA MORILLO, Andrea, *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales. Las llamadas acciones de Wrongful birth y Wrongful life*, op.cit. p. 444.

Al margen de todo ello, es importante dejar por sentado aquí que si bien el hecho en sí mismo de vivir en condiciones de discapacidad adquiere mayor relieve en aquellos casos en donde quien funge como demandante es el propio niño afectado, no es menos cierto que el padecimiento de aquel sentimiento de frustración y angustia constituye un evento totalmente distinto, independiente y completamente ajeno al hecho que le sirve de causa. Es indudable que este evento independiente se ajusta perfectamente a la consideración de daño moral que ha sido utilizada tanto por la jurisprudencia colombiana como la española, aun cuando con respecto a esta última no ha existido una concepción plenamente definida al respecto. Así las cosas, no resulta posible considerar tal alteración emocional como un suceso o evento carente de trascendencia en el ámbito de la responsabilidad civil o patrimonial, sino muy por el contrario, se trata de un evento o situación concreta que goza de especial relevancia para el Derecho de daños, y que si bien no se busca la restitución de las cosas al estado anterior por ser totalmente inverosímil, sí se busca a través de una indemnización, compensar en la medida de las posibilidades tal aflicción o sufrimiento que perturban la salud emocional de la víctima.

La aplicación de tal teoría de la separación en los términos anteriormente referidos, sin embargo plantea un cuestionamiento importante que no puede dejar de ser analizado en el marco de este trabajo. Atiende a la posible inconveniencia que puede resultar de identificar en la referida aflicción o sufrimiento, el daño indemnizable, en tanto que se parte de la consideración de que si no hay dolor entonces no sería coherente hablar de la existencia de un perjuicio⁴³⁷. En consecuencia, esto trasladaría la atención a aquellos supuestos en donde dadas las condiciones de extrema gravedad del niño este no es consciente del estado en el que se encuentra, surgiendo la duda sobre la posibilidad de hablar de un daño en estos casos. Desde esta perspectiva, el sentimiento de aflicción y sufrimiento al que se hace referencia en esta clase de casos podría resultar inexistente.

Carecería de todo rigor lógico entender tal situación excepcional como un argumento que contribuya a rechazar la identificación de un daño (inmaterial) resarcible. Si bien es cierto que de acuerdo a la tipología del daño inmaterial desarrollada por nuestra jurisprudencia no es posible identificar en tal situación excepcional la existencia de un daño moral, no es menos cierto que la condición extremadamente grave en la que se encuentra el afectado lesiona directamente bienes e intereses jurídicos que integran el patrimonio inmaterial del ser humano. Es claro que la tendencia en la jurisprudencia colombiana se ha destacado por calificar el perjuicio moral como aquella aflicción, dolor o sufrimiento que padece la víctima a causa de un hecho o circunstancia concreta, es decir, el también llamado *pretium doloris*⁴³⁸, que encuentra su ámbito o radio de acción en la esfera interna, afectiva y psicofísica de la víctima, acreditando su existencia incluso a través de presunciones *iuris tantum*. Sin embargo, esto no quiere decir que no pueda ser posible identificar la existencia de un daño antijurídico en aquellos casos excepcionales. Estos tipos concretos de lesión dada su gravedad no generan aquel sentimiento de aflicción, congoja y sufrimiento en la misma persona que los padece, pero

⁴³⁷ Plantea esta cuestión como un obstáculo insuperable. MACÍA MORILLO, Andrea, *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales. Las llamadas acciones de Wrongful birth y Wrongful life*, op.cit. p. 446.

⁴³⁸ Es de anotar la particular interpretación que a este respecto realiza este autor, en tanto que opta por hablar de una concepción estricta de *pretium doloris*, la cual solo se refiere a aquellos sufrimientos físicos “que experimenta la víctima como consecuencia de la lesión en su integridad física, sensaciones de malestar, el insomnio, o cualquier otra manifestación dolorosa que podamos imaginar y que tenga su causa en el perjuicio corporal, es decir en la disminución física”. VICENTE DOMINGO, Elena “El Daño”, op. cit. pp. 287-290.

sí genera un perjuicio inmaterial pues la existencia en tales condiciones lesiona desde todo punto de vista el derecho a la dignidad humana.

La existencia en tan particulares circunstancias, hasta el punto de ni siquiera adquirir conciencia de lo que le está sucediendo, no solo constituye una vida con total abstracción de aquel reducto de dignidad que debe encontrarse latente en todo ser humano, sino que tal es la entidad de la afectación en los bienes intangibles de la víctima que de conformidad con el principio de plenitud resarcitoria dicho atentado no puede dejar de ser reparado. Tal como lo mencionábamos con anterioridad, una de las perspectivas de las que se predica la dignidad del ser humano, es la relativa a ostentar una vida que no se encuentre por debajo de las condiciones mínimas que la hacen digna, siendo precisamente la extrema gravedad propia de la situación, la que le otorga relevancia jurídica a la afectación que en sus bienes extrapatrimoniales padece la víctima. Reiterando este mismo planteamiento, este enfoque no apunta a considerar que la existencia en tales condiciones resulte menospreciada o desvalorada, de hecho, ante el acaecimiento de tales circunstancias se exige un tratamiento digno para con la persona afectada, el cual se traduce en la prestación de una atención eficiente, permanente y respetuosa que garantice la manutención y conservación de su existencia, al menos según los lineamientos actuales de nuestro ordenamiento jurídico; pero esto no quiere decir que no resulten evidentes las condiciones de existencia que enfrenta el afectado, la afrenta total a un estado de bienestar.

En definitiva, resulta innegable que si bien el niño no es consciente del padecimiento de la condición gravemente discapacitada de la que es acreedor, sí existe una lesión significativa y de suficiente entidad en sus bienes e intereses personalísimos, por lo cual no resulta posible dejar de identificar en tal situación un perjuicio totalmente relevante para el derecho. No obstante, en lo que tiene que ver con el ordenamiento jurídico español, tal detrimento puede ser perfectamente considerado como un daño moral, pues como en su momento hicimos referencia en el derecho español aun cuando no existe una concepción unánime respecto del mismo, sí se logra ver cierta tendencia mayoritaria a adoptar aquella consideración amplísima que entiende por daño moral lo que en estricto sentido se opone al detrimento de orden material o patrimonial. Así, pues, la vulneración a la dignidad humana, así como a otros bienes que no ostentan ninguna connotación económica pueden ser perfectamente incluidos dentro del referido subconcepto dañoso.

6.2.2 El detrimento de orden patrimonial que sufre el niño a causa de los gastos derivados de su nacimiento

Los perjuicios de orden inmaterial no son los únicos que a nuestra consideración cabría destacar en el marco de las reclamaciones “wrongful life”. También es posible que se manifiesten circunstancias en las cuales se evidencia un daño patrimonial en contra del niño, concretamente, en aquellos casos en donde este ostenta un patrimonio económico propio, por lo que no es posible descartar la identificación de un daño autónomo en el detrimento o menoscabo que sufre el demandante al tener que atender los gastos extraordinarios derivados de su condición enferma⁴³⁹. Es de resaltar que muchos autores que descalifican la viabilidad de este tipo concreto de demandas optan por

⁴³⁹ Haciendo referencia a Estados Unidos, se manifiesta en la misma línea. MARTIN-CASALS, Miquel; SOLÉ FELIU, Josep, “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2006”, op.cit. p. 537.

autorizar la existencia de estos perjuicios, -aunque como una consideración *obiter dictum*-, como si se tratara de una cuestión totalmente ajena a las objeciones que los mismos han adoptado para rechazar las demandas “wrongful life”.

Algunos autores que se han esforzado en rechazar la aplicabilidad de la teoría de la separación en este tipo de reclamaciones, han tenido que matizar dicha consideración cuando se han visto avocados a analizar este concreto tipo de perjuicios, resultando a nuestra consideración una posición claramente incoherente, en tanto que se termina por considerar que tal teoría de la separación resulta inadmisibile para la identificación de daños morales, pero sorprendentemente resulta factible para aquellos perjuicios de orden material cuando en ambas circunstancias es claro que el hecho mismo de vivir es la causa directa e inmediata de tales eventos consecuenciales⁴⁴⁰. Independientemente de ello, es posible señalar que la identificación de los daños patrimoniales que puede suponer atender los gastos extraordinarios relacionados con la enfermedad constituyen una vía adicional por medio de la cual el niño puede solicitar la concesión de indemnizaciones en el marco de las reclamaciones “wrongful life”.

El aspecto problemático que se podría plantear respecto a este tipo de daños materiales, hace referencia a la eventual duplicidad de indemnizaciones por el mismo perjuicio, toda vez que tal como lo analizamos con anterioridad, son precisamente estos gastos extraordinarios los que podrían suponer un perjuicio patrimonial para los padres y por los cuales es posible que se concedan indemnizaciones en el marco de reclamaciones “wrongful birth”. No obstante, consideramos que esta situación no plantea ningún problema adicional a todos aquellos que se puedan manifestar en el ámbito de cualquier juicio. Es cierto que la concesión de indemnizaciones respecto de este concreto perjuicio material tanto a favor de los padres como del niño conllevaría a un enriquecimiento sin causa, sin embargo, esto no obsta para que pueda identificarse un daño indemnizable de orden material en el marco de las reclamaciones “wrongful life”. La cuestión relativa a la duplicidad de indemnizaciones más que significar un impedimento en la identificación del daño indemnizable atiende a la necesidad de verificar específicamente cuál ha sido el patrimonio que efectivamente ha tenido que asumir dichos gastos extraordinarios⁴⁴¹. A partir de aquí, se podrá identificar cuál es el patrimonio que está experimentando un menoscabo o detrimento y, en consecuencia, a quién se le corresponde otorgar la indemnización a que haya lugar.

En términos generales, es fácil identificar tales perjuicios en el ámbito de las reclamaciones “wrongful birth”, pues es natural que sean los padres del niño que nace con malformaciones quienes asuman todos aquellos gastos que se relacionan directamente con su condición anormal; por lo que partiendo de la idea de que aun existiendo un patrimonio en cabeza del niño no es con este con quien normalmente se asumirían los referidos gastos, descartándose así cualquier clase de menoscabo o detrimento que el niño en su patrimonio personal pudiera llegar a tener. Sin embargo, es

⁴⁴⁰ Este parece ser el caso de este autor. Aun cuando finalmente rechaza la posibilidad de conceder indemnizaciones por el padecimiento de este perjuicio en razón a que a su consideración falla el presupuesto de la causalidad. Ver. MACÍA MORILLO, Andrea, *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales. Las llamadas acciones de Wrongful birth y Wrongful life*, op.cit. pp. 458-462. Manifestándose a favor de la reclamación por daños patrimoniales y considerando dudosa la viabilidad de una reclamación por los perjuicios morales. DE ANGEL YAGÜEZ, Ricardo, “Diagnósticos genéticos y prenatales y responsabilidad (Parte II)”, op.cit. p. 155.

⁴⁴¹ Resaltando la necesidad de evitar una duplicidad de la partida resarcitoria en este tipo de situaciones. GALÁN CORTÉS, Julio, *Responsabilidad civil médica*, op.cit. pp. 439-440.

posible que pueda darse el caso en el que aun existiendo los padres, no es el patrimonio de estos el que en efecto asume aquellos gastos extraordinarios, sino el de un tercero o directamente el patrimonio del niño, casos en los cuales es posible que los terceros queden legitimados para interponer una reclamación por la vía “wrongful birth” o el niño interponerla directamente por la vía “wrongful life”, en las cuales se solicite el resarcimiento de aquellos perjuicios patrimoniales. De igual manera, también podrían manifestarse circunstancias en donde debido a la ausencia de los padres no es posible hablar de un detrimento en su patrimonio, siendo necesario revisar la existencia de un patrimonio económico propio por parte del niño y verificar si es precisamente este el que está asumiendo los costos extraordinarios de manutención. De ser así, es claro que tal patrimonio está siendo menoscabado al hacer frente a aquellas necesidades extraordinarias propias de la enfermedad, siendo igualmente en estos casos viable identificar un daño antijurídico en tal afectación de orden material.

7. LA DETERMINACIÓN DE LA CUANTÍA DE LA INDEMNIZACIÓN EN EL MARCO DE ESTAS DEMANDAS DE RESPONSABILIDAD

Una vez identificados los perjuicios que se estiman relevantes para el derecho, surge la necesidad de establecer una correcta cuantificación de los mismos, labor, que dicho sea de paso, en el ámbito propio de estas reclamaciones ha constituido un obstáculo de no poca importancia.

Recordemos que el principio de la reparación integral no solo se predica de la debida determinación de los daños sino también tanto de la evaluación o valoración económica de estos, como de la imposición, cuando a ello hubiere lugar, de medidas de reparación adicionales de carácter no pecuniario que también tienen como finalidad resarcir a las víctimas⁴⁴². Así, pues, la tarea de tasación de los perjuicios no puede encontrarse al arbitrio de los juzgadores sino sometida a ciertos criterios de racionalidad que permitan dotar de un mayor grado de objetividad a la referida labor. En la actividad relativa a la cuantificación de los daños es importante mantener un equilibrio entre la entidad del perjuicio causado y la suma de dinero correspondiente que busca compensar o restituir en la medida de lo posible aquel menoscabo, de manera tal que exista una equiparación material entre el uno y el otro.

A efectos de obtener tal equiparación o racionalidad en la cuantificación del daño es vital que se identifiquen partidas y subpartidas indemnizatorias que permitan dotar de mayor claridad a esta tarea de valoración del daño; evitando que surjan montos indemnizatorios que resulten desproporcionados, en tal forma que se dificulte la tarea de un efectivo control judicial, pero sobre todo, evitando que exista cierto desconocimiento sobre qué criterios se tuvieron en cuenta para fijar tal suma de dinero, y ostentar cierto grado de certeza en lo relativo a cuál es la suma exacta equivalente a cada perjuicio⁴⁴³.

⁴⁴² En lo referente a estas últimas medidas de reparación. Véase este estudio. M'CAUSLAND SANCHEZ, María, op.cit., pp. 80-84. Es importante destacar que una valoración eficiente del perjuicio acaecido no solo busca reparar en correcta forma a la víctima, sino también evitar que hayan eventos de enriquecimiento injusto o sin causa. Efectuando un interesante análisis sobre la figura del enriquecimiento injusto en el derecho administrativo. Ver. COSCULLUELA MONTANER, Luis, “Consideraciones sobre el enriquecimiento injusto en el Derecho Administrativo”, *Revista de administración Pública*, No. 84, 1977. pp. 185-202.

⁴⁴³ En esta misma línea. MEDINA ALCOZ, Luis, “La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Régimen General y Especialidades”, op.cit. p. 12.

Así las cosas, surge la necesidad de destacar en cualquier actividad de valoración del daño un criterio racional de cuantificación que contribuye sin lugar a dudas a un mayor respeto de los intereses de las víctimas: el criterio de la vertebración indemnizatoria.

7.1 La vertebración indemnizatoria

Este criterio de cuantificación racional obliga a clasificar en partidas y subpartidas indemnizatorias los distintos conceptos y subconceptos dañosos que previamente se hayan identificado. Así, por un lado, se clasifica la partida correspondiente a los daños patrimoniales, derivándose de ahí, las subpartidas que traducen en términos pecuniarios los subconceptos dañosos correspondientes, es decir, los relativos al daño emergente y el lucro cesante. Es importante que cada partida y subpartida indemnizatoria se encuentre debidamente individualizada y tenga asignada una evaluación y valoración independiente. Por otro lado, se encuentra la partida correspondiente a los daños extrapatrimoniales o inmateriales, dentro de los cuales es necesario reclasificar subpartidas independientes que integren la valoración económica de los subconceptos dañosos correspondientes: el daño moral, el daño a la salud o daño biológico, las alteraciones en las condiciones de existencia, la pérdida de la juventud etc. En realidad la clasificación de tales subconceptos dañosos dependerá de la tipología específica que se haya desarrollado por la jurisprudencia de cada país, la cual como ocurre en el ordenamiento colombiano suele ser variable y en ocasiones confusa. Situación que no resulta beneficiosa para la institución de la responsabilidad civil.

No sería contrario a este principio señalar que es posible que en algunas ocasiones la subpartida correspondiente al daño moral en atención a los rubros que se derivan de tal subconcepto dañoso (dolor físico y sentimiento de aflicción o sufrimiento psicológico...) admita la reclasificación de subpartidas indemnizatorias adicionales que indiquen de manera clara cuáles son estos rubros y cuál es su cuantificación económica exacta, de manera tal que exista una mayor racionalidad en la valoración del daño moral, que muchas veces debido a su particularidad tiende a ser el subconcepto dañoso que resulta valorado más subjetivamente.

En general, la indemnización debe estar estructurada y constituir la sumatoria de todas aquellas subpartidas resarcitorias a las que se les asignan de manera individual unos valores económicos correspondientes⁴⁴⁴. No obstante lo anterior, este criterio de cuantificación tan importante ha sido tradicionalmente desconocido por la mayoría de los jueces tanto colombianos y en mayor medida por los encargados de administrar justicia en España, quienes suelen aplicarlo tímidamente en algunos casos y en otros ni siquiera establecen una subdivisión de subpartidas resarcitorias que permitan determinar con claridad la asignación económica que se está realizando⁴⁴⁵. Sin embargo, también es necesario reconocer que a medida que ha ido evolucionando el Derecho de daños, la labor de cuantificación de este, ha adquirido un mayor interés por parte de los jueces, quienes a su vez, han optado por proferir sentencias que gozan de gran claridad en este

⁴⁴⁴ VICENTE DOMINGO, Elena “El Daño”, op. cit. p. 310.

⁴⁴⁵ De hecho, la sentencia del Tribunal Constitucional Español del 13 de junio de 1986, puso de manifiesto esta situación instando a los tribunales judiciales a fijar en sus sentencias una motivación de los montos indemnizatorios, de manera tal que se abandonara el fenómeno de la indemnización global. STC, Sala Segunda, de 13 de junio de 1986, 78/1986. Recurso de amparo en contra de la sentencia del juzgado de instrucción No. 16 de Barcelona.

sentido, pues se han esforzado en establecer con cierto detalle subdivisiones resarcitorias que también contribuyen a resaltar principios tan fundamentales como la reparación integral, la equidad y la justicia. De cualquier manera, es claro que en no pocos casos se ha seguido haciendo uso de la tradicional técnica de valoración en la que de manera global se determina la cuantificación de los perjuicios identificados. En parte, como señala el profesor Medina Alcoz, porque existe una tendencia a considerar la labor de cuantificación de la indemnización como una cuestión menor que debe ser relegada al mero arbitrio del juzgador⁴⁴⁶. Lo cierto es que este tipo de técnicas tradicionales de cuantificación obstaculizan de manera determinante no solo la posibilidad de otorgar indemnizaciones que reparen efectiva e íntegramente a las víctimas, sino que también imposibilitan un adecuado control judicial respecto de la referida tasación.

En este orden de ideas, creemos que para obtener la mayor correspondencia posible entre la indemnización concedida y el perjuicio que se intenta resarcir o compensar, es primordial que exista una concretización material de este criterio racional de cuantificación. De tal manera que si surge la necesidad de indemnizar a los padres en el marco de las reclamaciones “wrongful birth”, a causa del padecimiento de perjuicios tanto de orden inmaterial como patrimonial, sea posible saber con un alto grado de precisión, de qué subconceptos dañosos se compone la partida indemnizatoria relativa al daño patrimonial y cuál es su valoración económica. Así mismo, con respecto al daño inmaterial, cuáles son los daños extrapatrimoniales por los que se está otorgando una indemnización y cuál es la asignación económica que se le imprime a cada uno de estos subconceptos dañosos. Para un mayor desarrollo en este sentido es conveniente efectuar un análisis en lo referente a la labor de cuantificación tanto de los daños de orden patrimonial como de aquellos de orden inmaterial, señalando adicionalmente algunas conclusiones que estimamos importantes a este respecto.

7.1.1 Cuantificación del daño patrimonial

No suelen destacarse en el ordenamiento jurídico colombiano, al igual que en el ordenamiento español, aunque en menor medida pues existe un sistema legal de valoración del daño aun cuando elaborado para un ámbito específico, preceptos normativos generales que den cuenta de la labor de cuantificación o valoración del daño que deben efectuar los tribunales judiciales para otorgar indemnizaciones que se adecuen en justa medida a los perjuicios irrogados a las víctimas. Sin embargo, es posible hacer referencia en nuestro ordenamiento a un precepto normativo aplicable tanto en el ámbito privado como público que, aunque a nuestro parecer resulta muy ambiguo, se refiere a la labor de cuantificación del daño tanto patrimonial como inmaterial, en donde de forma general se invoca el respeto al principio de reparación integral y a la equidad, los cuales fungen como auténticos parámetros de orientación en la labor de tasación de la indemnización que deba realizar el juez. Así, el artículo 16 de la ley 446 de 1998, que constituye una de las normas primordiales en este concreto aspecto, señala: “Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales”. Por otra parte, en el derecho español, en lo que concierne al ámbito público es importante destacar el artículo 141.2 de la ley 30/1992 (artículo 34. Ley 40 de 2015, de Régimen Jurídico del Sector Público), en

⁴⁴⁶ MEDINA ALCOZ, Luis, “La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Régimen General y Especialidades”, op.cit. p. 12.

donde también se establecen algunas reglas sobre la labor del juez relativa a la valoración del daño tanto patrimonial como inmaterial, aunque es notable lo impreciso que en términos prácticos esta puede llegar a resultar. En este sentido señala: “La indemnización se calculará con arreglo a los criterios de valoración establecidos en la legislación de expropiación forzosa, legislación fiscal y demás normas aplicables, ponderándose, en su caso, las valoraciones predominantes en el mercado”.

En el marco de los perjuicios de orden patrimonial, la reparación del mismo consiste en proporcionar a la víctima un valor equivalente al bien patrimonial del que fue privado. Es decir, atiende a la idea de restituir al patrimonio del afectado el valor económico que según los criterios mercantiles corresponden al menoscabo o detrimento⁴⁴⁷. Así, pues, las características de estos tipos de perjuicios en algunos casos facilitan la cuantificación de los mismos, pues lo que efectivamente se acredite en el proceso como un detrimento económico será lo que según los criterios mercantiles deba reembolsarse con el otorgamiento de una suma de dinero que resulte equivalente. Ello, en principio, resulta evidente en la cuantificación de los daños emergentes, en donde a causa del menoscabo que ha infligido la conducta dañadora, previa acreditación de dicho padecimiento en el marco del respectivo proceso judicial, se establecerá la asignación económica equivalente dentro de la subpartida resarcitoria, v.gr., los gastos económicos en los que tuvo que incurrir la víctima a causa de la conducta negligente del actor. No obstante, la reparación de otros perjuicios patrimoniales, dentro de los cuales podríamos encontrar el daño emergente futuro y el lucro cesante tanto pasado como futuro, pueden suponer muchos inconvenientes en la tarea de cuantificación del daño.

Es precisamente, en esta clase de perjuicios patrimoniales en donde se desarrollan gran parte de las reclamaciones que aquí estamos estudiando, en tanto que daños como aquellos relacionados con los gastos extraordinarios derivados de la enfermedad del niño, que son predicables tanto en el marco de las reclamaciones “wrongful birth” y “wrongful life”, tal como lo analizamos en los epígrafes anteriores, constituyen claros menoscabos al patrimonio de la víctima que se harán efectivo en un futuro a lo largo de la vida del niño. Por lo general, esta clase de perjuicios suelen ser cuantificados por parte del juzgador haciendo uso del *arbitrium judicis*, en donde si bien atienden a las circunstancias concretas (las características y gravedad de las anomalías o malformaciones, la necesidad de atención personalizada en ocasión a la condición enferma del niño, la necesidad de intervenciones quirúrgicas, tratamientos, atención psicológica y demás servicios que debido a la condición particular del niño se estima necesaria, entre muchas otras más...) no deja de existir cierto grado de discrecionalidad en la fijación del *quantum* indemnizatorio. Situación que muchas veces resulta agravada por la fijación de indemnizaciones con total ausencia del criterio de vertebración indemnizatoria al que anteriormente hicimos referencia, plasmando en la respectiva partida resarcitoria la suma económica que se estimó adecuada sin ningún tipo de subdivisión relativa entre los subconceptos dañosos correspondientes. Y lo que es aún peor, en algunos otros casos se suele fijar una indemnización global en donde sin establecer ninguna vertebración entre las respectivas partidas relativas a los daños patrimoniales e inmateriales, se impone la suma que se estima equivalente a la causación de los perjuicios.

⁴⁴⁷ Denominándolo también como una reparación específica o “in natura”. VICENTE DOMINGO, Elena, “El Daño”, op. cit. p. 310.

Creemos que resulta muy recomendable en el ámbito de las reclamaciones que estamos estudiando, que se lleven a cabo peritazgos, informes médicos de diagnóstico preciso y alcance de la anomalía, informes técnicos en donde se evidencien las necesidades mínimas que se deben satisfacer a ese respecto, estudios económicos sobre aquellos gastos extraordinarios que se estiman como vitales para la existencia de un niño que ostenta tal condición enferma, atendiendo a las circunstancias propias del caso, en fin, que se aporten en el marco del proceso, un conjunto de herramientas documentales que permitan dotar la labor de cuantificación en cabeza del juez, de un mayor grado de racionalidad, objetividad y equilibrio, reduciendo al menos en términos razonables ese grado de arbitrio judicial que resulta latente a la hora de indemnizar eventos tales como los gastos ordinarios de manutención del niño en el marco de las reclamaciones “wrongful conception”, como suele suceder en Alemania, o aquellos gastos extraordinarios en el marco de las reclamaciones “wrongful birth”, en donde por la misma anomalía congénita, v.gr, padecimiento de trisomía 21 (síndrome de down); los jueces españoles suelen establecer indemnizaciones totalmente dispares tanto en el ámbito privado como público, reflejando la ausencia de un criterio racional de cuantificación que pueda escapar a la “soberanía” del juzgador.

De cualquier manera, las dudas que afecten a la cuantificación no pueden traducirse en la ausencia de reparación, en tanto que una cosa es la determinación de la existencia de un daño indemnizable, y otra muy distinta es la cuestión relativa a que este daño resulte difícil de cuantificar. Es decir, la dificultad en la valoración del daño no debería suponer un obstáculo en la identificación del daño antijurídico, así como tampoco para la procedencia de la reparación a los afectados. Si el daño existe, debe necesariamente repararse con total independencia de las dificultades que pueda suponer fijar el *quantum* indemnizatorio⁴⁴⁸.

7.1.2 Cuantificación del daño inmaterial

La cuantificación de esta clase de perjuicios se ha destacado por tratarse de una labor aparentemente dificultosa dada sus características intrínsecas. Se trata de perjuicios que no ostentan una naturaleza económica, en el sentido de que, por definición, no resultan susceptibles de una medición en dinero⁴⁴⁹. Situación que, al margen de las consideraciones anteriormente esbozadas, resulta totalmente opuesta a aquellos perjuicios de orden material en donde es posible encontrar un valor de sustitución equivalente al padecimiento del perjuicio.

Los mandatos estatuidos en el artículo 16 de la ley 446 de 1998, adquieren en este tipo de perjuicio una mayor preponderancia, en tanto que serán precisamente el principio de la reparación integral de las víctimas y la equidad como criterio auxiliar del derecho, aquellos parámetros que guiarán la ardua labor de traducir en valores económicos el menoscabo que se produce en la esfera extrapatrimonial de la víctima. Ante la ausencia de la posibilidad de hallar un valor de remplazo que resulte equivalente al menoscabo o detrimento irrogado en el patrimonio inmaterial de la víctima, estos parámetros de orientación se convierten en la herramienta por excelencia con la que cuenta el juez para dotar a la indemnización, de un sentido realmente “reparador”, entendiendo este adjetivo como una mera compensación, pues es evidente que lo que se busca lograr es que la pena

⁴⁴⁸ En este mismo sentido. BRAVERMAN, Philip, op.cit, pp. 435-436. En el mismo sentido. FERNÁNDEZ HIERRO, José, op.cit. p. 334.

⁴⁴⁹ VICENTE DOMINGO, Elena, “El Daño”, op. cit. p. 273.

padecida resulte más llevadera⁴⁵⁰. Dicho de otra manera, se trata de que con el otorgamiento de tal indemnización se aminoren realmente los efectos de tal pérdida, lo cual genera a su vez, que la actividad del juez relativa a la tasación del daño se encuentre revestida de una mayor legitimidad, reduciendo en la medida de lo posible aquel arbitrio que en esta clase de asuntos resulta imposible reducir a cero⁴⁵¹. Piénsese en aquellos casos en donde si al examinar la aflicción o sufrimiento que padece la víctima a causa del acaecimiento de un daño de carácter corporal: la pérdida de la mano izquierda; no se valora que el afectado era un exitoso pianista, y que debido a la pérdida anatómica que ello supone, no podrá seguir desempeñándose como tal. Es claro, que existe un agravante perjudicial en este tipo de circunstancias, el cual no puede dejar de ser ponderado a efectos de que sea reflejado en la partida resarcitoria. Es precisamente el principio de la reparación integral o *restitutio in integrum* el que exige tal ponderación, de manera tal que pueda otorgarse una indemnización que al menos compense de manera “razonable” la pérdida que supone para el afectado el hecho de perder su mano izquierda.

Es necesario que la actividad relativa a la cuantificación de los perjuicios inmateriales se encuentre revestida de ciertas particularidades que contribuyan a otorgarle una mayor objetividad a la tarea del juzgador. Ello, dadas las características intrínsecas a esta clase de daños que tienden a constituir un obstáculo para la valoración objetiva de los mismos, características que imposibilitan la adopción de un valor de remplazo que resulte equiparable al perjuicio padecido, por lo que la suma de dinero que se estima requerida obedece a la fijación de cantidades convencionales que según los parámetros anteriormente señalados se estiman como las más convenientes.

Así, por un lado, es importante que se establezcan límites en la designación de las sumas de dinero que tengan por finalidad compensar estos perjuicios, haciendo expresa distinción de los subconceptos dañosos a los que se refieren cada uno de ellos, en tanto que es lógico que se tratan de perjuicios disímiles que requieren del establecimiento de límites indemnizatorios distintos. Así pues, el daño moral relativo a la aflicción o sufrimiento generado en los padres, dista de la afectación que en el curso de su existencia sufren estos por el nacimiento de su hijo en condiciones graves de discapacidad (alteración en las condiciones de existencia). En términos generales, surge la necesidad de que los jueces no puedan sobrepasar tal tope indemnizatorio, independientemente de la circunstancia de que se trate, así como que este solo se encuentre reservado para aquellos casos en donde debido a la trascendencia de la situación, la única manera de compensar razonablemente a la víctima pasa por la concesión de una indemnización cuya partida resarcitoria de la que se compone, resulta de las sumas dinerarias indicadas en el referido tope indemnizatorio.

Por otra parte, es necesario que los jueces adopten un mayor respeto por el precedente judicial, aun cuando nos encontremos hablando de ordenamientos jurídicos tales como el colombiano y el español, pues se tratan de sistemas jurídicos propios del derecho continental (*civil law*). No se trata, pues, de eliminar la independencia característica de la que goza el juez en este tipo de sistemas, quienes solo se encuentran sometidos al imperio de la ley, tal como lo prevé el artículo 230 de la Carta Política Colombiana, lo cual excluye, a nuestro parecer, cualquier vestigio de un sistema basado en el precedente judicial, sino de que la jurisprudencia que a tal efecto se haya

⁴⁵⁰ HENAO PEREZ, Juan, op.cit. p. 231; TAMAYO LOMBANA, Alberto, op.cit. p. 67.

⁴⁵¹ Es también puesta de manifiesto esta subjetividad en la valoración del daño moral. FERNÁNDEZ HIERRO, José, op.cit. pp. 340-341.

desarrollado también constituya un parámetro de actuación en la labor del juez, que constituya un criterio auxiliar de interpretación de la actividad judicial, tal como seguidamente lo señala dicha norma. Ello es así, en tanto que no resulta conveniente para los intereses jurídicos de las víctimas el otorgamiento de indemnizaciones que resulten dispares aun a pesar de que se ha padecido exactamente el mismo menoscabo en circunstancias similares. Situación que se torna perfectamente probable de no existir ninguna clase de parámetro comparativo que sirva como un elemento de orientación en la actividad de tasación. Es indudable que este tipo de prácticas de no poca ocurrencia lesionan no solo el derecho a la obtención a una reparación íntegra y equitativa, sino también otro tipo de intereses jurídicos que protege fervientemente todo ordenamiento normativo. En este concreto aspecto, valga destacar la práctica usual de este tipo de situaciones en Colombia, principalmente si estamos hablando de jurisdicciones distintas: jurisdicción ordinaria (civil) – jurisdicción contencioso-administrativa; situación que ha sido objeto de múltiples críticas por parte de la doctrina colombiana⁴⁵².

Es de destacar la existencia de baremos legales que fijan de manera predeterminada la cuantificación del daño inmaterial. Procedimiento que de antemano objetiviza sin lugar a dudas la tarea de la tasación del daño, reduciendo al mínimo el arbitrio que en esta materia pudiera ostentar el juzgador. Este mecanismo es el utilizado en el ordenamiento jurídico español, aun cuando de manera imperfecta, pues este se encuentra determinado y resulta de obligatoria aplicación solo para el ámbito propio del tráfico rodado⁴⁵³. No obstante, como tuvimos la oportunidad de hacer referencia, este baremo ha sido utilizado por la jurisprudencia civil, e incluso por la contencioso administrativa, para cuantificar daños que se encuentran fuera del ámbito para el cual fue instaurado, lo cual ha traído importantes beneficios y ha contribuido a facilitar la cuantificación del daño inmaterial. Ahora bien, no se puede dejar de destacar que tal actuar ha sido objeto de fuertes críticas, pues se está haciendo uso de un baremo legal que no prevé la fijación de daños que suelen ser muy comunes en otros ámbitos de la vida diaria, lo cual *a priori* parece ser un argumento importante que justifique por sí solo el rechazo de su uso en ámbitos distintos para el cual fue confeccionado. Interpretación que al parecer es la que ha primado en la jurisprudencia contencioso-administrativa, en donde se suelen fijar este tipo de indemnizaciones apartándose de las determinaciones normativas consagradas en el referido baremo, y fijándolas con base en el *arbitrium judicis*. De cualquier manera, es importante señalar que este tipo de mecanismos se ven con muy buenos ojos por un gran sector de la doctrina española, quienes proponen *de lege ferenda* la instauración de este sistema de cuantificación de daño a efectos de que las víctimas puedan obtener una reparación más justa y equitativa.

⁴⁵² NAVIA ARROYO, Felipe, “Daño moral, daño fisiológico y daño a la vida de relación en Colombia”, *Revista de Derecho Privado 12-13*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p. 294.

⁴⁵³ En lo referente a este concreto aspecto, este autor rechaza la posibilidad de utilizar tal sistema legal de valoración como mecanismo para imponer “una tasación objetivada y baremada”. GALÁN CORTÉS, Julio, *Responsabilidad civil médica*, op.cit. p. 657.

CAPÍTULO CUARTO

EL NEXO DE CAUSALIDAD ENTRE LA CONDUCTA ENJUICIADA Y EL DAÑO ANTIJURÍDICO ACAECIDO

1. INTRODUCCIÓN

La acreditación de un nexo o ligazón etiológico entre la conducta del sujeto agente y el daño que se estima indemnizable constituye uno de los elementos fundamentales de la responsabilidad civil. Requisito que adquiere relevancia cuando se afirma que la conducta de un sujeto genera, provoca u origina un perjuicio por el cual surge una obligación de reparación. La institución de la responsabilidad patrimonial ostenta como directriz inalterable, la premisa relativa a que los daños o perjuicios antijurídicos que se produzcan u ocasionen pueden ser reparados solo por quienes efectivamente los causasen, descartando de antemano cualquier obligación jurídica ante la ausencia de dicho enlace etiológico⁴⁵⁴. Así pues, el elemento relativo al nexo causal resalta la función resarcitoria de la responsabilidad civil, haciendo de ella la característica distintiva del derecho de daños⁴⁵⁵.

La afirmación de este elemento fundamental constituye el segundo gran obstáculo que debe enfrentar el estudio de este tipo de reclamaciones y al que reiteradamente hemos venido haciendo referencia⁴⁵⁶. Dificultades que para ser más precisos hacen referencia concretamente a las reclamaciones “wrongful birth” y “wrongful life”, toda vez que aquellas relativas a las demandas “wrongful conception” no manifiestan mayor inconveniente en este sentido. Por tal motivo, sin dejar de un lado las mismas, es evidente que nos centraremos en mayor medida en las primeras, con la finalidad de verificar el grado de compatibilidad existente entre estas y el elemento de la responsabilidad civil que nos dispondremos a abordar.

Un estudio adecuado referente al juicio de causalidad en este tipo de reclamaciones exige establecer una división que atienda al momento en que tiene lugar la causación del daño que se estima indemnizable. Es decir, el ámbito temporal en el que se manifiestan los distintos daños que estudiamos a lo largo del capítulo anterior cobra una importancia no desdeñable para abordar de manera más clara y ordenada la cadena de acontecimientos entre la conducta médica negligente y los referidos perjuicios. Así las cosas, el punto de partida de aquella cadena de acontecimientos que son propios de los supuestos de estas reclamaciones lo constituye el actuar médico-asistencial negligente, comportamiento que variará de conformidad con los supuestos propios de las reclamaciones de las que estemos hablando. A partir de ahí, es posible identificar una

⁴⁵⁴ BOTERO ARISTIZÁBAL, Luis, *Responsabilidad patrimonial del legislador*, Legis, 1ª edición, Bogotá, 2007, p. 120; LÓPEZ MESA, Marcelo, *Elementos de la Responsabilidad Civil*, Pontificia Universidad Javeriana - Biblioteca jurídica Dike, Bogotá-Medellín, 2009, p. 334; TAMAYO JARAMILLO, Javier, *Tratado de Responsabilidad civil*, Tomo I, op.cit. p. 248.

⁴⁵⁵ En la misma línea. MEDINA ALCOZ, Luis, *Teoría de la Pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*, op.cit. pp. 243-244. Destacando tal función reparadora, aun cuando haciendo referencia al elemento del daño. HENAO PEREZ, Juan, op.cit. p. 36-37.

⁴⁵⁶ DE ANGEL YAGÜEZ, Ricardo, “Diagnósticos genéticos y prenatales y responsabilidad (Parte II)”, op.cit. p. 145.

secuencia de eventos que fungen como aquellos perjuicios o daños antijurídicos por los cuales se solicita reparación, eventos que surgen en forma sucesiva y que algunos, a diferencia de otros, requieren de la manifestación de presupuestos fácticos adicionales para su efectiva realización. Situación esta, que es precisamente la que hace que para algunos daños sea más complicada que para otros la acreditación de un nexo etiológico respecto del comportamiento médico-asistencial negligente.

Así, pues, lo importante para un estudio coherente de estas reclamaciones desde la órbita del juicio de causalidad, no se concentra en esta ocasión en el sujeto legitimado para reclamar el daño sino en el momento en que este se lleva a cabo. El hecho del nacimiento de alguna u otra forma constituye un acontecimiento clave que por lo general suele servir como parámetro para diferenciar los daños que en el marco de los acontecimientos se pueden presentar. Así, los daños se dividen en aquellos que acaecen antes de que el nacimiento tenga lugar y aquellos otros que surgen *a posteriori*⁴⁵⁷. Es evidente, pues, que los daños que surgen con posterioridad al nacimiento son aquellos que requieren, en el curso de los acontecimientos, de la presencia de algunos presupuestos fácticos adicionales a efectos de que los mismos puedan tener lugar, lo que en principio, constituye el argumento principal de quienes aducen que no resulta posible identificar la acreditación de un nexo causal en el marco de los supuestos propios de estas reclamaciones. Sea como fuere, en el mencionado estudio se adoptará tal división de los daños con la finalidad de llevar a cabo de la mejor manera un estudio individual respecto del enlace causal entre el comportamiento que se reprocha y todos los perjuicios que en virtud de estas reclamaciones se pueden manifestar.

De otra parte, también cobra gran relevancia el establecimiento de ciertas precisiones en cuanto a las particularidades que se pueden manifestar en los distintos supuestos que dan causa a este tipo de reclamaciones. Así, aquellos supuestos que se desenvuelven en un ámbito temporal preconceptivo o preimplantatorio, integran un elemento adicional a la cadena causal -que constituye el objeto de estudio de todo juicio etiológico- que aquellos que se manifiestan en fase prenatal, pues el acaecimiento del embarazo es un hecho que en este ámbito temporal ya se encuentra presente. Por tal motivo, con la existencia de este elemento adicional a la cadena de acontecimientos, surge un obstáculo añadido, pues se da la oportunidad a los padres, concretamente a la gestante, de que adopte determinadas medidas conducentes a evitar el nacimiento, siempre de conformidad con lo estatuido en el ordenamiento jurídico en cuestión; esta situación, sin lugar a dudas, ha obstaculizado la identificación de un nexo etiológico respecto de algunos daños. Es decir, se ha argumentado que la ocurrencia de este tipo de situaciones de alguna u otra manera sugieren la finalización de un curso causal y provocan el inicio de otro distinto en donde interviene la voluntad del afectado, descartando cualquier tipo de injerencia causal entre la conducta médica o asistencial y aquellos daños que surgen con posterioridad al hecho del nacimiento⁴⁵⁸.

⁴⁵⁷ Elaborando una clasificación similar. MACÍA MORILLO, Andrea. *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales. Las llamadas acciones de Wrongful birth y Wrongful life*, op.cit. pp. 464-465.

⁴⁵⁸ Analizando este tipo de circunstancias. Véase. DE ANGEL YAGÜEZ, Ricardo, “Diagnósticos genéticos y prenatales y responsabilidad (Parte II)”, op.cit. pp. 147-149; MARTIN-CASALS, Miquel y SOLÉ FELIU, Josep, “Anticoncepciones fallidas e hijos no previstos”, op.cit. p. 7; “Procreación artificial y responsabilidad civil”, op.cit. p. 251.

2. PARTICULARIDADES REFERENTES A LA AFIRMACIÓN DE UN NEXO ETIOLÓGICO

La naturaleza de los supuestos relativos a las reclamaciones “wrongful conception” inciden en gran medida a dejar de considerar el juicio causal como un obstáculo añadido a aquellos a los que debe hacer frente este tipo concreto de reclamaciones⁴⁵⁹. No obstante, es importante dejar por sentado que en algunos supuestos que analizaremos conjuntamente con aquellos relativos a los diagnósticos preconceptivos y preimplantatorios propios de las demandas “wrongful birth” y “wrongful life”, es posible identificar algunas dificultades en lo referente a la acreditación concreta del nexo etiológico. Dificultades que no suelen ser de recibo tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, pero que sin ningún tipo de dudas cobran gran relevancia en el estudio de estas demandas.

Aquellos supuestos en los que se engloban estas reclamaciones suelen destacarse por identificar en el comportamiento del profesional de la salud o de quien finalmente resulte responsable de la prestación del respectivo servicio médico, la causa determinante del nacimiento no deseado de un hijo, de tal manera que resulta evidente afirmar que una actuación diligente hubiese evitado con un grado superlativo de probabilidad el nacimiento del niño, siendo consecuencia de su actuación todos aquellos daños o perjuicios que se generan tanto antes del nacimiento como aquellos que se generan con posterioridad al mismo⁴⁶⁰. Con la finalidad de ilustrar en mayor medida lo anteriormente señalado, es importante aseverar que, de conformidad como se afirmó en su momento, aquellos supuestos relativos a las esterilizaciones y anticoncepciones fallidas que por lo general dan causa a estas demandas no suelen identificarse en las prácticas negligentes o defectuosas de las técnicas que tienen como fin esterilizar al paciente, así como en aquellas intervenciones o tratamientos que tengan como fin la anticoncepción de este, puesto que debido al afianzamiento en cuanto a los conocimientos científicos y prácticos relativos a estas intervenciones, no suele ser común que se presenten errores en la materialización de los mismos. Esto de hecho, se ha visto reflejado en el cúmulo de casos que a este respecto se han presentado, constituyendo los referidos supuestos un porcentaje realmente mínimo de aquellos que dan causa a la presentación de pretensiones en el marco de estas reclamaciones.

El cúmulo de casos que en el marco general de estos supuestos generan las reclamaciones “wrongful conception” hacen referencia a las informaciones inexactas o inexistentes. Así pues, resulta prudente reconducir el juicio de causalidad más que todo a este ámbito en concreto⁴⁶¹. La cuestión radica en determinar si dicha falta de información relativa a los riesgos de fracaso de la operación, a los cuidados fundamentales que se deben guardar durante la fase post-operatoria de la misma y a la necesidad de establecer

⁴⁵⁹ En esta misma dirección. MARTIN-CASALS, Miquel y SOLÉ FELIU, Josep, “Anticoncepciones fallidas e hijos no previstos”, op. cit. p. 6.

⁴⁶⁰ Sin atreverse a afirmar la causalidad en términos generales, sino solo haciendo referencia a los supuestos en donde la práctica de la intervención esterilizadora tenga como fin evitar el nacimiento de un niño discapacitado, este autor afirma la responsabilidad del profesional médico negligente en aquellos eventos en que el hecho que se buscaba evitar efectivamente se actualiza. En estos casos, es claro que no planteó ningún problema desde el punto de vista causal. MEDINA, Graciela, op. cit. p. 457.

⁴⁶¹ MARTIN-CASALS, Miquel, SOLÉ FELIU, Josep, “Anticoncepciones fallidas e hijos no previstos”, op. cit. p. 6; VICENTE DOMINGO, Elena, “El Daño”, op.cit. pp. 297-298. Sin afirmar la necesidad de reconducción del juicio causal a estos supuestos, sí destaca los mismos como una constante en la jurisprudencia. EMALDI CIRIÓN, Aitziber, op.cit, p. 236.

pruebas posteriores que informen sobre su efectividad, privó a los padres tanto de tomar una decisión libre y consciente en cuanto a sus derechos reproductivos como también de adoptar todas aquellas medidas necesarias para evitar la existencia de un embarazo. Cuestión, que atendiendo a los criterios propios de la experiencia y a las reglas propias del buen sentido, no presentaría mayor dificultad en lo relativo a la acreditación de un nexo etiológico. Por un lado, porque la falta de cualquier información que se estime relevante en la intervención que tenga como finalidad la eliminación o suspensión de la capacidad reproductiva del paciente, supone la toma de decisiones desinformadas sobre los derechos reproductivos de este. Y, por otro lado, en tanto que resulta totalmente razonable que el solo hecho de proceder a intervenciones que tengan como fin, la esterilización o anticoncepción del paciente, es indicativo de que ante cualquier duda referente a la efectividad de estas intervenciones, se tomarán las medidas que se estimen pertinentes y necesarias para evitar un eventual nacimiento⁴⁶². En aquellos casos, en donde la cuestión radique en la falta de información relativa a los cuidados que se deben guardar para asegurar el resultado de la intervención a la que el paciente fue sometido, con mayor razón resulta razonable que el paciente de haberlas conocido las hubiese adoptado, pues desde todo punto de vista resulta cuanto menos inverosímil que se haya optado por la realización de una intervención de estas características, y no se esté en disposición de cumplir con las recomendaciones de rigor que busquen evitar el acaecimiento de un embarazo.

Retomando las consideraciones anteriormente expuestas, es claro que el juicio de causalidad en este tipo de reclamaciones no constituye un obstáculo de mayor importancia en lo referente a su estudio, afirmación que se verá reflejada en mayor medida a lo largo de este capítulo.

De otro lado, la afirmación de un nexo etiológico en el marco de las reclamaciones “wrongful birth” y “wrongful life” dista en gran medida del escenario ilustrado con anterioridad. Algunos de los elementos inherentes a la existencia de este tipo de reclamaciones son precisamente los que dificultan el juicio de causalidad. Como es bien sabido, todos los supuestos de los que parten las mismas hacen referencia no ya a la causación o producción, en sentido estricto, del nacimiento en condiciones de discapacidad –condición necesaria en el marco de estas demandas-, como en efecto sucede en los casos relativos a las lesiones prenatales, sino a la falta de información o la

⁴⁶² Quizá tal afirmación no llegaría a resultar tan sostenible frente a aquellos eventos en donde el comportamiento negligente se refiere a la falta de información sobre los riesgos de fracaso de la operación o tratamiento anticonceptivo. Si bien es práctica consolidada por parte de la jurisprudencia fijar este tipo de conductas como constitutivas de responsabilidad civil o patrimonial en el marco de estas reclamaciones, no es menos cierto que la afirmación de un nexo etiológico, concretamente respecto de aquellos daños posteriores al nacimiento, resulta cuanto menos complicada. Es especialmente difícil afirmar que tal falta de información impide en estricto sentido que el paciente adopte las medidas necesarias para asegurar la efectividad de la intervención, en tanto que lo más normal atendiendo al curso ordinario de los acontecimientos es que una vez se lleven a cabo este tipo de intervenciones esterilizadoras o anticonceptivas, no se adopten medidas adicionales (la utilización de otros métodos anticonceptivos) para evitar el acaecimiento de embarazos no deseados. Así, pues, parece que la falta de información sobre los riesgos de fracaso si bien constituyen una afrenta a la “lex artis ad hoc”, no parece influir en la causación del embarazo no deseado. Sin embargo, es importante destacar que tal cuestión solo operaría frente a aquellos daños que surgen con posterioridad a tal hecho, perjuicios que, tal como se tuvo la oportunidad de analizar en el capítulo anterior, no existen en la mayoría de los supuestos en los que se engloban estas reclamaciones, salvo aquellos supuestos excepcionales que a lo largo de este estudio se han mencionado, v.gr. en aquellos eventos en donde el nacimiento acaece en circunstancias anómalas. Es únicamente en dichos eventos excepcionales en donde tal argumentación vendría a cobrar importancia.

información deficiente que en el marco de un proceso de diagnóstico se haya otorgado a los padres. En efecto, esta situación pone de relieve la afirmación de que el nacimiento en condiciones de discapacidad no es generado por el comportamiento negligente del responsable en la prestación del servicio médico sino por las alteraciones o anomalías genéticas, así como por el acaecimiento de cualquier otro evento natural o biológico⁴⁶³.

Junto a esto, surge un obstáculo de mayor trascendencia, que es en donde se concentra en gran medida la dificultad en la acreditación del juicio etiológico. Dadas las peculiaridades propias de los supuestos que dan causa a este tipo de reclamaciones, la cadena causal entre la conducta enjuiciada y el daño por el cual se solicita reparación suele incluir como uno de los distintos presupuestos fácticos que la integran, la existencia de hechos o circunstancias que dependen directamente de aquel componente volitivo de los padres, lo cual dificulta en gran medida el estudio de este elemento de la responsabilidad civil. En consecuencia, suele presentarse un interrogante de no poca importancia en el juicio causal y es el relativo a qué habrían hecho los padres de haberse otorgado un diagnóstico correcto⁴⁶⁴. Naturalmente, si la pregunta es respondida haciendo referencia a que muy probablemente se habría practicado la interrupción voluntaria del embarazo, difícilmente se podría negar la existencia de un juicio de causalidad, pero si esta es respondida en el sentido de que no se habría interrumpido aquel proceso de gestación, es claro, que en nada se alteró el curso de los acontecimientos por el comportamiento negligente de quien resulte responsable de la prestación del correspondiente servicio médico. En este sentido, no sería desacertado afirmar que la esencia de estas demandas, es decir, los supuestos y características bases sobre los cuales se fundan las mismas, tienen como correlativo efecto dificultar el juicio causal, pues desde una visión ligera y muy general, resulta aparente la nula o poca incidencia de la conducta médica correspondiente -que entre otras cosas a lo largo de este trabajo hemos destacado que en el marco de todos estos procesos de diagnósticos pueden participar distintos profesionales en su realización, por lo que muchas veces tanto la conducta negligente como la cuota causal no puede ser imputada a un solo responsable- en la producción del daño indemnizable, bien sea que este se pretenda ubicar en la vida en condiciones de discapacidad, que tal como tuvimos la oportunidad de analizar descartamos en su momento, bien que este se ubique en otros eventos o situaciones que surgen a raíz del nacimiento en tales condiciones.

Este cúmulo de circunstancias deriva en la existencia de múltiples dificultades a las que necesariamente se deben hacer frente en cualquier estudio dirigido al juicio de causalidad. Ello, no necesariamente indica que se traten de dificultades u obstáculos insalvables, precisamente para brindar soluciones a tal situación es estrictamente necesario abordar a lo largo de este capítulo los principales obstáculos que se pueden identificar en el marco de estas reclamaciones, de tal manera que sea posible examinar hasta qué punto dichas dificultades resultan compatibles con los principios y demás preceptos normativos propios de la responsabilidad civil. Así las cosas, estimamos conveniente iniciar nuestro estudio con la exposición de algunos argumentos, concretamente, aquellos que suelen ser los más utilizados por parte de la doctrina y la

⁴⁶³ Poniendo de manifiesto esta situación, aun cuando otorgando significativa relevancia causal al comportamiento del profesional médico. GIESEN, Ivo, "Of wrongful birth, wrongful life, comparative law and the politics of tort law systems", *Tydskrif vir Heedendaagse Romeins-Hollandse Reg (THRHR)*, Vol. 72, Utrecht, 2009, p. 265.

⁴⁶⁴ Destacando en términos generales el mismo problema jurídico. DE ANGEL YAGÜEZ, Ricardo, "Diagnósticos genéticos y prenatales y responsabilidad (Parte II)", op.cit. pp. 146 y 149.

jurisprudencia en general, que tienen como fundamento primordial negar la existencia de un nexo causal en el marco de las demandas “wrongful birth” y “wrongful life”. Con base en lo anterior, se ilustrará con mayor detalle sobre los referidos obstáculos que se han puesto de relieve tanto por la doctrina como por la jurisprudencia internacional en cuanto a la afirmación de un nexo etiológico; allanando, pues, el camino para la realización de un análisis más claro y coherente relativo a este elemento de la responsabilidad civil, el cual necesariamente debe apuntar de manera directa a estas objeciones, teniendo en cuenta las particularidades propias de cada uno de los supuestos que dan causa a estas reclamaciones, así como a los momentos en los cuáles se producen estos perjuicios, pues es indudable que en el marco de los hechos que dan causa a estas demandas, esta circunstancia de orden temporal puede aminorar o intensificar las dificultades en las tareas relativas a la identificación de cursos causales específicos.

3. TEORÍAS QUE RECHAZAN LA EXISTENCIA DE UN NEXO ETIOLÓGICO

Adentrándonos en el estudio de aquellas líneas argumentativas que tienen por objeto rechazar la existencia de un nexo etiológico entre el comportamiento enjuiciado y el daño que se estima indemnizable, es importante dejar por sentado que no suele ser común encontrar estudios que tengan por objeto clasificar este tipo de argumentos, de tal manera que exista una discriminación más o menos clara a este respecto. Sin embargo, sí es posible identificarlos desde una perspectiva general si acudimos al grueso de la doctrina que sobre este elemento de responsabilidad se ha ocupado. En realidad estas teorías suelen enfocarse en las reclamaciones “wrongful birth” y “wrongful life”, en tanto en cuanto es precisamente en las mismas en donde se ponen de relieve verdaderos obstáculos y dificultades para la acreditación de un nexo causal. Lo cual no obsta, para la realización de un análisis simultáneo respecto de los efectos que dichas teorías pueden irrogar a las reclamaciones “wrongful conception”.

Analicemos, entonces, algunas de estas teorías que enfocan su núcleo argumentativo en la acreditación del elemento causal.

3.1 La inexistencia de una relación causa-efecto entre la prestación del servicio médico que resulta enjuiciada y los defectos genéticos o congénitos padecidos por el niño

La esencia misma de aquellas reclamaciones que nos ocupan y que parten del nacimiento discapacitado de un niño -en esta situación es perfectamente posible incluir aquellos supuestos relativos a las reclamaciones “wrongful conception” en donde el nacimiento del niño se produce en circunstancias de grave discapacidad-, rechazan de plano la idea de que es el comportamiento del profesional de la salud o de quien resulte responsable de la conducta médico-asistencial correspondiente lo que genera, en estricto sentido, las malformaciones o defectos congénitos. Por tanto, no se parte de la premisa de que fuera posible que el niño naciera en circunstancias óptimas de salud, sino por el contrario, la única posibilidad era evitar el nacimiento en tales circunstancias. Así las cosas, el fundamento teórico en el que se basa esta línea argumentativa hace referencia a que el comportamiento médico que se estima negligente solo afecta el suministro de un diagnóstico correcto y ajustado a la realidad, mas no genera las malformaciones o

anomalías por las cuales se entabla una reclamación⁴⁶⁵. Esta situación genera desde esta perspectiva la ausencia de cualquier incidencia causal que pueda existir entre el daño reclamado y la conducta enjuiciada⁴⁶⁶. Sin embargo, esta línea argumentativa no solo afecta a aquellos casos en donde el daño se identifica en las malformaciones o anomalías genéticas, que dicho sea de paso desde un principio descalificamos como un daño indemnizable, sino que también podría llegar a afectar de manera preponderante cuando el daño indemnizable se genera con posterioridad al nacimiento del niño, en tanto que si no existe ninguna incidencia causal entre el comportamiento médico y el nacimiento en condiciones de discapacidad, resulta imposible acreditar un curso causal ininterrumpido entre aquel y los daños que se estimen indemnizables según la teoría de la separación, v.gr., daños patrimoniales por los gastos extraordinarios derivados de la enfermedad, daños morales que padecen los padres por percibir la condición discapacitada del niño, entre otros.

Este tipo de argumentos no tiene en cuenta los efectos generales que se pueden generar a partir de la conducta médica negligente, si acaso, solo los tiene en cuenta para restarle relevancia causal al mismo respecto de las malformaciones o defectos congénitos. Por tal motivo, no se enfoca la cuestión en el sentido de qué habrían hecho los padres de haberse otorgado un diagnóstico correcto, esta situación resulta claramente irrelevante desde esta línea argumentativa, quizá porque se da por hecho que el nacimiento igual se hubiera llevado a cabo. Se parte de la idea de que es el nacimiento o el mero hecho de vivir en condiciones discapacitadas, el evento que constituye por sí mismo el daño, o a partir del cual se generan los daños reclamados, entendiendo que la fuente o el origen de tal situación no lo constituye otra causa que la relativa al acaecimiento de eventos de origen natural o biológicos. Así, pues, ante la imposibilidad de atribuir tal hecho determinante a la gestión del profesional de la salud, se rechaza cualquier obligación de reparación en cabeza de quien funge como demandado en el marco de estas reclamaciones, pues no se logra acreditar el cumplimiento de un nexo etiológico entre este y el daño indemnizable.

Algunas de las críticas que encontramos respecto de esta línea argumentativa hacen referencia, en primer lugar, a que no puede dejarse de tener en cuenta la cuestión relativa a la incidencia causal que puede generar la conducta negligente o, al menos, no limitar sus efectos en los términos en cómo se realiza. Es evidente, pues, que si bien esta no genera los defectos o daños congénitos que padece el niño, no es menos cierto que su conducta le ha privado, al menos, de la posibilidad que tenían los padres de evitar encontrarse en tales circunstancias -el nacimiento de un niño en condiciones de discapacidad, junto con el hecho de que el niño tenga que experimentar su vida en tales

⁴⁶⁵ Destacando que el comportamiento médico negligente no genera las anomalías genéticas, por lo que no podría hablarse de un nexo causal existente entre el perjuicio reclamado y la conducta enjuiciada. FEUILLET, Brigitte, "The Perruche Case and French Medical Liability", *Drexel Law Review*, Vol. 4, 139, 2011, pp. 141-142.

⁴⁶⁶ Esta parece ser la posición de este autor norteamericano, quien señala que si se parte de que el daño se identifica en la enfermedad o defecto específico, no podría enlazarse causalmente tal perjuicio con el comportamiento del sujeto agente. PACE, David, "The treatment of Injury in wrongful life claims", *Colum. J.L. & Soc. Probs*, Núm. 20, 1986, p. 153. A este respecto, se pronuncia este autor quien reformula la cuestión señalando que en las reclamaciones "wrongful life", aun cuando es posible extender esta línea interpretativa a las de "wrongful birth", no se alega que la negligencia del profesional médico fuera la causa de la lesión o anomalía genética, sino que tal negligencia dio lugar al nacimiento en tales condiciones. EMALDI CIRIÓN, Aitziber. Op.cit. pp. 239.

circunstancias-⁴⁶⁷. Por otra parte, aun cuando se pasara por alto la primera crítica y se partiera de la idea de que la conducta médica no incide de ninguna manera en el nacimiento malformado del niño, pues este se debe a la ocurrencia de eventos biológicos o naturales, no es posible afirmar sin más la inexistencia de un nexo etiológico entre el comportamiento que se enjuicia y los daños que en el marco de estas reclamaciones se pueden solicitar. Debe tenerse en cuenta, que estos daños no solo se predicen de aquellos que surgen con posterioridad al hecho del nacimiento, sino también de aquellos que tienen lugar antes del mismo. Situación por la cual, incluso partiendo desde esta premisa, es posible verificar la viabilidad de este tipo de reclamaciones, en tanto que no parece resultar muy complicado acreditar la existencia de un nexo etiológico entre la conducta enjuiciada y el daño inmaterial que surge como consecuencia de la vulneración a la autodeterminación reproductiva, bien desde su perspectiva de la libertad de procreación futura bien desde aquella relativa al derecho a la interrupción voluntaria del proceso de embarazo. Es lógico, pues, que el error en el diagnóstico que deba suministrar el responsable a tal efecto, así como la falta de información respecto de la existencia de las correspondientes pruebas diagnósticas cuando estas resulten indicadas, constituyen conductas que directamente vulneran los referidos derechos y, por tanto, causan de manera inmediata el perjuicio inmaterial por el cual se reclama.

En consecuencia, esta teoría lejos de constituir un obstáculo significativo frente al estudio de las demandas que nos ocupan, enfoca la cuestión en una problemática que no resulta adecuada, en tanto que uno de los presupuestos primordiales de estas reclamaciones es precisamente la afirmación de que los defectos o anomalías en sí mismas no son ocasionadas directamente por la conducta de aquellos responsables en la prestación del servicio médico. El problema jurídico que se plantea desde esta teoría resulta equívoco, y si bien estos argumentos pueden constituir un obstáculo en la afirmación de un nexo etiológico respecto de aquellos daños que surgen con posterioridad al nacimiento -lo cual será objeto de análisis más adelante-, es claro que esto no resulta suficiente para rechazar en general este tipo de reclamaciones.

3.2 Las reclamaciones de responsabilidad “wrongful birth” y “wrongful life” como auténticos cursos causales no verificables

La cuestión que se aborda desde esta línea argumentativa se encuentra más enfocada respecto de lo que constituye realmente un estudio más acorde a las particularidades propias de estas reclamaciones. Tal como se afirmó inicialmente, las reclamaciones “wrongful conception” no suelen destacarse por presentar dificultades en lo referente al juicio causal, ni mucho menos, sería acertado evidenciar en los supuestos que le dan causa, la existencia de cursos causales no verificables. Este tipo de argumentos se encuentran directamente dirigidos a las reclamaciones “wrongful birth” y “wrongful life”, en tanto que la cadena de acontecimientos que surgen en el marco de los hechos que la generan suelen encontrarse integradas por aquel componente volitivo propio de la autonomía de los padres, siendo necesario tratar de determinar qué habría sucedido en caso tal el servicio médico correspondiente se hubiese llevado a cabo de manera diligente, elucubración que exige necesariamente saber qué decisión habrían

⁴⁶⁷ Resaltando esta situación. Ver en la jurisprudencia norteamericana, el fallo de la Suprema Corte de Louisiana. *Pitre v. Opelousas General Hospital*, 530 So.2d 1151 (1988). Efectuando una distinción sumamente interesante entre la causalidad propia de las lesiones prenatales y aquella que se manifiesta en este tipo de reclamaciones. Ver. *Cowe v. Forum group, Inc.* 575 N.E.2d 630 (1991).

tomado los padres de no haberse generado el falso negativo⁴⁶⁸. Así pues, pretender identificar qué decisión se habría adoptado en caso de que el comportamiento médico se hubiera ajustado a los parámetros propios de la “lex artis ad hoc”, es lo que se califica por la doctrina como una tarea que no admite demostración científica-natural⁴⁶⁹.

La teoría de los cursos causales no verificables o también denominada causalidad hipotética, hace referencia a la imposibilidad científico-natural de fundamentar la causalidad entre dos hechos⁴⁷⁰. Así, se estima que los supuestos relativos a este tipo de reclamaciones constituyen casos en los que no resulta posible la prueba que determine la relevancia causal entre el daño y el comportamiento médico. Se parte de la idea de que no es posible saber realmente si los padres habrían decidido procrear o la gestante abortar, en caso de no haber mediado un comportamiento negligente. Esta clase de decisiones personalísimas gestadas en el fuero interno de cada individuo suelen ser difíciles de predecir, se entiende que dicha actividad resultaría meramente especulativa e hipotética, por lo que difícilmente se le podría otorgar relevancia jurídica. Así las cosas, aun cuando estemos hablando de enfermedades o anomalías graves experimentadas por el niño, esta línea argumentativa afirma la imposibilidad de saber con certeza qué habrían hecho los padres, pues señalan que aunque se declare expresamente por los demandantes que ellos habrían actuado en un sentido u otro y, de hecho, se manifieste con todo el convencimiento del caso, la situación *a posteriori* no puede compararse con la padecida por los mismos al momento de la decisión. Es decir, se trata de una situación en la que ni si quiera los padres sabrían a ciencia cierta qué habrían hecho, principalmente si estamos hablando de aquellos casos en donde la decisión hace referencia a la interrupción voluntaria del embarazo, en tanto que resulta evidente que en tal decisión intervienen numerosos factores que no pueden dejar de ser tenidos en cuenta –religiosos, morales, familiares, sociales-, y que inciden en el titular de tal derecho. En definitiva, se llega a la conclusión de que la afirmación de un curso causal que busca evitar la existencia del daño constituye una auténtica conjetura o especulación.

Sin ningún tipo de vacilaciones es posible calificar este argumento como el que más suele ser utilizado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia para rechazar la existencia de un enlace causal en estas reclamaciones. Se trata de una teoría que compagina más directamente con las peculiaridades propias de estas reclamaciones, y aborda de manera directa uno de los principales problemas jurídicos que plantea el estudio del juicio causal: qué habrían hecho los padres de haber sido objeto de un comportamiento médico diligente? No obstante, no se puede dejar de señalar que también han existido argumentos que objetan –algunos con mejor criterio que otros- esta línea doctrinal, afirmando la existencia de un nexo causal en el marco de estas pretensiones de responsabilidad.

En primer lugar, se afirma la existencia de un nexo etiológico, en todo caso supeditado a la declaración que realicen los padres sobre la conducta que habrían llevado a cabo en caso de haberseles suministrado un diagnóstico acertado. Argumento que

⁴⁶⁸ Enunciando esta problemática como uno de los asuntos que es necesario enfrentar al estudiar estas reclamaciones. EMALDI CIRION, Aitziber. op.cit. pp. 254-255; VICENTE DOMINGO, Elena, “El Daño”, op.cit. p. 303.

⁴⁶⁹ DE ANGEL YAGÜEZ, Ricardo, “Diagnósticos genéticos y prenatales y responsabilidad (Parte II)”, op.cit. pp. 146 y 149; GALÁN CORTÉS, Julio, *Responsabilidad civil médica*, op.cit. pp. 424-425.

⁴⁷⁰ Haciendo referencia a este tipo de eventos aun cuando denominándolos como supuestos de incertidumbre causal estricta. MEDINA ALCOZ, Luis, *Teoría de la Pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*, op.cit. pp. 87-89.

pareció calar en la doctrina y la jurisprudencia española, al menos en las primeras sentencias que afirmaron hasta cierto punto de manera apodíctica la existencia de un nexo causal. Así, es de destacar las consideraciones del profesor De Ángel Yagüez que opta por calificar como imprescindible en aquellos supuestos relativos a los procesos diagnósticos prenatales, *la declaración que sobre el juicio de causalidad realice el demandante*. Señala que, en aquellos supuestos relativos a los procesos de diagnóstico prenatal, que es donde entiende se pueden presentar mayores dificultades en materia causal, la declaración de la gestante es vital para la acreditación del nexo etiológico. Afirmación que no debe ser puesta en duda *-dice-*, y que estima suficiente, sin que pueda ser refutada mediante alegatos que hacen referencia a sus convicciones morales y a su trayectoria personal, de tal manera que se le reste credibilidad a la declaración realizada⁴⁷¹. De manera más tímida se pronuncia Emaldi Cirion, quien a pesar de calificar tal situación como un caso singular en el que la condena se dicta en función de la manifestación de voluntad de quien demanda, ve con buenos ojos tal exigencia. Esta autora comparte la opinión del autor anteriormente citado, señalando que la declaración de la gestante no puede ser puesta en tela de juicio, agregando a lo anterior, que el solo hecho de que la madre solicite la práctica de la prueba prenatal constituye por sí mismo un indicio lo suficientemente relevante para afirmar que esta habría abortado de haber conocido las anomalías en el feto⁴⁷².

No obstante, es posible señalar que esta línea interpretativa que califica tal declaración como la prueba exclusiva y suficiente de la existencia de un nexo etiológico ha ido perdiendo fuerza en la experiencia española, en parte debido a las ulteriores consideraciones de la jurisprudencia de aquel país y al desarrollo en cuanto al estudio de estas reclamaciones⁴⁷³. Tal como se señaló en su momento, la sentencia STS, del 21 de diciembre de 2005, zanjó hasta cierto punto tal situación, pronunciándose sobre este aspecto y descalificando la existencia de tal declaración como aquella prueba reina en el juicio de causalidad, optando más bien por aplicar un juicio de probabilidades basado en factores objetivos, estimando que resulta a partir del mismo perfectamente posible identificar la existencia de un nexo etiológico con independencia de la declaración del demandante. Siendo posible afirmar que en la actualidad la jurisprudencia y la doctrina española ha venido manejando esta interpretación al respecto⁴⁷⁴. En general, tal

⁴⁷¹ DE ANGEL YAGÜEZ, Ricardo, “Diagnósticos genéticos y prenatales y responsabilidad (Parte II)”, op.cit. pp. 149-150. Es interesante ver en la jurisprudencia norteamericana, algunas sentencias, a mi juicio minoritarias, que coinciden con esta línea argumentativa. Ver. Haymon v. Wilkerson, 535 A. 2d at 882 (1982).

⁴⁷² EMALDI CIRION, Aitziber. Op.cit, pp. 255-256.

⁴⁷³ Esta situación es predicable no solo en España sino también en la experiencia estadounidense, país en el que dicho sea de paso puede calificarse como la cuna de este tipo de elucubraciones. Se alega, en general, que se trata de declaraciones de circunstancias en las que el interés se basa exclusivamente en razones económicas. Por tal motivo, se aduce que no puede otorgárseles absoluta credibilidad a tales declaraciones. En términos similares. TAUB, Sheila, “Wrongful life – its problems are not just semantic: a reply to furrow”, *The Journal of Law, Medicine & Ethics*, Vol. 10, Issue 6, diciembre, 1982, p. 214. Siguiendo esta misma línea, aun cuando enfocándose no ya en las razones económicas sino en la imposibilidad que supone para la misma gestante saber con suficiente grado de certidumbre qué habría hecho en tal situación. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo, op.cit. pp. 857-865.

⁴⁷⁴ Véanse, las sentencias. STS, Sala Primera, de 4 de noviembre de 2010, 669/2010, STS, Sala Primera, de 14 de marzo de 2013, 1136/2013. En la doctrina. Véanse. MACÍA MORILLO, Andrea, *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales. Las llamadas acciones de Wrongful birth y Wrongful life*, op.cit. p. 476; inclinándose en esta misma línea y destacando expresamente que aun cuando tal declaración puede resultar importante no es imprescindible para la prueba del nexo etiológico. GALÁN CORTÉS, Julio, *Responsabilidad civil médica*, op. cit. p. 431.

declaración no puede dejar de entenderse como un elemento importante y útil en el marco del enjuiciamiento de estas demandas, sin que por tal motivo se les deba considerar como necesaria e imprescindible para la acreditación del nexo causal.

En segundo lugar, es de destacar aquellos argumentos que con muy buen criterio optan por ir en la línea fijada por la sentencia antes referida, en donde partiendo de la consideración de que la valoración de las pruebas constituyen juicios basados en probabilidades mas no en certezas absolutas, dada la imposibilidad de alcanzar un conocimiento incontrovertible de las cosas, se trata de determinar con cierto criterio de razonabilidad qué habrían decidido los padres de no haber mediado la conducta negligente. La aplicación de criterios de probabilidad, así como de teorías de facilitación probatoria (presunciones, incremento del riesgo, etc.), constituyen las herramientas que han venido siendo utilizadas a efectos de encontrar soluciones razonables al inconveniente que resulta inherente a estos supuestos. Dicho de otro modo, con base en aquellos factores objetivos, que no son más que indicios o hechos que constituyen el punto de partida de la valoración probatoria, se intenta mediante la aplicación de juicios de probabilidad, hacer verificable un curso causal que *a priori* no resulta ser susceptible de verificación.

Así pues, se identifican en determinados hechos o circunstancias que se materializan en el marco de los supuestos que dan causa a estas reclamaciones, criterios que permiten deducir cuál habría sido la actuación de los padres, de manera tal que si el falso negativo ha tenido lugar en el marco de un proceso de diagnóstico prenatal, y la gestante se ha caracterizado por rechazar la práctica de abortos dada sus convicciones morales fuertemente arraigadas, muy difícilmente se podría llegar a la conclusión de que esta habría tomado la decisión de abortar de no haber existido la conducta negligente. Es claro, pues, que el conjunto de factores objetivos que pueden surgir no deben dejar de ser analizados en su conjunto, de tal manera que si la prueba diagnóstica es realizada por la gestante, quien es un testigo de jehová, resultaría muy complicado pensar en que esta habría decidido abortar de haber conocido el estado real del feto. No obstante lo anterior, estos serían supuestos excepcionales en los que dadas las circunstancias, no podría llegarse a una conclusión distinta; sin embargo, en condiciones normales no podría llegarse a la misma consideración. Naturalmente, sin dejar de tener en cuenta lo anteriormente señalado, se indica que hechos tales como la realización de pruebas diagnósticas en los padres constituyen por sí mismos indicios lo suficientemente significativos, pues a partir de tal circunstancia es posible inferir con un alto grado de probabilidad que de no haber existido el falso negativo, estos habrían decidido abstenerse de procrear o proceder con la interrupción voluntaria del embarazo. En definitiva, y sin dejar de tener en cuenta el contexto concreto de los hechos, se podría decir que en términos generales, se estima que el solo hecho de que se decida asumir aquellos riesgos inherentes a la realización de las pruebas diagnósticas resulta lo suficientemente revelador de la intención de los padres. Se descarta la idea relativa a que se acuda a este tipo de pruebas con la mera finalidad de satisfacer la curiosidad, máxime si se tiene en cuenta que existen pruebas cuyos riesgos inherentes para la salud del feto y la gestante no resultan nada desdeñables, v.gr., la amniocentesis, biopsia de vellosidades coriales.

Estas teorías, al igual que la que más adelante se analizará, difícilmente resultarían aplicables en el ámbito propio de los diagnósticos preimplantatorios. Tal como se ha interpretado a lo largo de este estudio, la responsabilidad civil que puede

surgir como consecuencia de un error en este tipo de diagnósticos, no debe confundirse, como al parecer sucede con algunos autores, con absolutamente todas aquellas conductas negligentes (deberes de información) que surgen en el marco de un procedimiento de procreación artificial. En efecto, es, pues, perfectamente posible que en estos se presenten negligencias que surjan en el marco de procedimientos preconceptivos, bien por la falta o errónea realización de pruebas preconceptivas, bien por el acaecimiento de cualquier conducta negligente en la interpretación de sus resultados.

Así las cosas, la responsabilidad derivada del diagnóstico preimplantatorio es aquella que surge como consecuencia de la falta de información veraz respecto de aquellos embriones *in vitro* que se pretenden trasladar al útero. Es decir, mal haría en estimarse que surge una responsabilidad en este ámbito por la utilización de gametos defectuosos, que finalmente son los que originan el nacimiento en condiciones de discapacidad, y que en su momento no fueron sometidos a la práctica de las pruebas preconceptivas de rigor para excluir cualquier tipo de anomalías genéticas, o que siendo sometidas a estas se haya actuado negligentemente en cuanto a su realización o interpretación de sus resultados.

Partiendo de lo anterior, la responsabilidad del demandado se fundamenta tanto en la falta de información relativa a las anomalías genéticas que padece el embrión *in vitro*, a causa de no informar al paciente o la pareja, según cual sea el caso, sobre la existencia de estos diagnósticos preimplantatorios cuando resultaren indicados según criterio médico, como en la información errónea que se suministre al paciente respecto de aquellos embriones objeto de análisis. Privando a esta en ambos supuestos, de la probable decisión de optar por rechazar dicha transferencia, sea reiniciando nuevamente el procedimiento con nuevos gametos o, incluso, optar por descartar de manera definitiva el referido procedimiento. En consecuencia, la decisión de continuar con el procedimiento aun a sabiendas del estado de salud del embrión resulta cuanto menos poco probable⁴⁷⁵, por lo que intentar afirmar en el marco de estos supuestos un curso causal no verificable no parece adecuado. En efecto, la incidencia de la conducta negligente relativa a la falta o al error de diagnóstico, resulta significativa respecto del hecho del nacimiento del niño en graves condiciones de discapacidad, así como respecto de los demás daños que surgen a raíz de aquel, hasta el punto de afirmar que sin la ocurrencia de la conducta enjuiciada probablemente estos acontecimientos no habría tenido lugar.

Teniendo muy en cuenta lo anteriormente señalado, es fundamental resaltar la existencia de argumentos que expresan su rechazo con respecto a esta última alternativa (la relativa a acreditar el nexo etiológico en estas reclamaciones mediante la aplicación de juicios de probabilidad basados en factores objetivos a partir de los cuales inferir un resultado hipotético). Así, se ponen de presente las distintas dificultades que implicaría aventurar un resultado a partir de indicios que otorgan luces respecto de comportamientos anteriores. Por un lado, se alega la imposibilidad de predeterminedar el comportamiento humano a partir del uso de presunciones. Es decir, se estima que resulta equívoco efectuar un análisis con base en datos previos que tenga por finalidad saber qué

⁴⁷⁵ Previendo la posibilidad de que los padres autoricen la transferencia del embrión anómalo, aun cuando deja entrever que en aquellos supuestos en que el embrión ostente graves malformaciones incompatibles con la vida, la decisión de los padres será totalmente distinta. EMALDI CIRION, Aitziber, op.cit. pp. 101-102.

habrían hecho los padres⁴⁷⁶. Por otra parte, se alega que el uso de las presunciones no está llamado a llevarse a cabo en este tipo de supuestos, en tanto que no se busca acreditar la existencia de un hecho producido, que es precisamente en donde entran en juego las presunciones jurídicas, sino de una hipótesis o lo que es lo mismo, de un hecho o circunstancia especulativa que no se ha llegado a producir. Se rechaza la aplicación de este criterio de facilitación probatoria sobre la base de que pretender saber qué habrían hecho los padres de no haber mediado la conducta negligente, excede el radio de acción de las mismas, atendiendo más bien al concepto común de presunción y no al jurídico⁴⁷⁷.

En el presente trabajo, tal como se verá más adelante, no se estima que el juego de las presunciones resulte aplicable en este tipo de reclamaciones, sino que a partir de la existencia de determinados factores objetivos se pueda acreditar de manera directa la etiología material y jurídica entre el comportamiento negligente del demandado y los perjuicios que se imputan. Así, pues, no se parte de la idea de ningún criterio de relajación probatoria que permita solventar la existencia de incertidumbres causales, sino que con base en los elementos existentes en el caso es posible inferir con un grado suficiente de razonabilidad -siempre de conformidad con el estándar probatorio que se estime correspondiente- el comportamiento hipotético de los padres, para a partir de ahí afirmar o no el nexo etiológico.

Finalmente, es de destacar aquellos argumentos que sin acoger en términos generales los postulados propios de esta teoría, estiman viable su aplicación de manera exclusiva para aquellos daños que surgen a raíz del nacimiento o del hecho de experimentar la existencia en condiciones de grave discapacidad⁴⁷⁸. Daños cuyo curso causal se encuentra naturalmente integrado por la intervención voluntaria de los padres o de la gestante según el marco de los supuestos de los que estamos hablando, y es precisamente en donde adquiere relevancia la teoría de los cursos causales no verificables. Así las cosas, aquellos perjuicios que se generan con anterioridad a tal situación (daño inmaterial por la vulneración a la autodeterminación reproductiva) se encuentran exentos de tal elemento adicional en el curso causal individual, por lo que no se evidencia ningún tipo de inconveniente en cuanto al estudio de este elemento de la responsabilidad civil. Lógicamente, en esta clase de eventos la cuestión relativa a qué habrían hecho los padres no resulta importante, más bien indiferente e inocua, en tanto que el daño se identifica en la privación de la oportunidad de decidir, concretamente, en la posibilidad de contar con la información suficiente y necesaria para tomar una decisión consciente respecto de sus derechos reproductivos. Así pues, el daño surge de tal privación y no de las consecuencias posteriores que se generan a raíz de la misma.

Desde esta perspectiva argumentativa, las teorías de los cursos causales no verificables no constituyen un obstáculo insuperable en cuanto a la viabilidad de estas reclamaciones, pero sí dificultan preponderantemente la reparación de aquellos daños que surjan como consecuencia del nacimiento, sea que estos se identifiquen en el inicio de la vida *per se*, la vida discapacitada o en hechos o circunstancias derivadas de tal situación.

⁴⁷⁶ BUSTOS PUECHE, José, op.cit. pp.1699-1700.

⁴⁷⁷ MACÍA MORILLO, Andrea, *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales. Las llamadas acciones de Wrongful birth y Wrongful life*, op.cit. p. 473-474.

⁴⁷⁸ Adoptando una posición similar ante tal situación. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo, op.cit. pp. 857-865.

3.3 La aplicabilidad de la teoría de la conducta alternativa conforme a derecho en el marco de las reclamaciones “wrongful birth” y “wrongful life”

Enfocando el planteamiento de la cuestión exactamente en el mismo lugar que la teoría de los cursos causales no verificables, se encuentra esta línea argumentativa de origen alemán, con la diferencia de que mientras aquella concluye que en el marco de estos supuestos se manifiestan incertidumbres causales estrictas que hacen imposible un deber de reparación, en esta se admite la posibilidad de que el demandado se exima de responsabilidad, siempre que acredite la alta probabilidad de que el daño por el cual se solicita reparación igual se hubiera llevado a cabo, así hubiera mediado una conducta diligente o sujeta a los lineamientos propios de la “lex artis ad hoc”⁴⁷⁹. Por otra parte, es importante destacar que en esta teoría cobran poca relevancia las reclamaciones “wrongful conception”, así como aquellas reclamaciones “wrongful birth” y “wrongful life” que surgen en el marco de los diagnósticos preimplantatorios, pues tal como se había señalado con anterioridad, en estos supuestos la relación de causalidad no constituye un obstáculo a tener en cuenta en el estudio de las mismas, dado que por lo general no suelen presentarse mayores dificultades en cuanto a la acreditación de un nexo de causalidad entre los daños por los cuales se solicita reparación y la conducta médica enjuiciada. No obstante, sí existen ciertos argumentos que intentan poner en tela de juicio tal afirmación, aun cuando estos serán objeto de análisis posteriormente. De igual manera, esta teoría tampoco adquiere mayor relevancia en aquellos eventos en donde el daño se identifica no ya en aquellos eventos posteriores al nacimiento, sino en eventos que concurran con anterioridad a tal hecho, pues la acreditación del nexo etiológico en estos casos no se encontraría sometida a mayores problemas.

Esta teoría funge en cierto modo como un complemento de la anteriormente analizada, pues si bien no se señala sin más la existencia de un curso causal no verificable, ya que plantea la posibilidad de que el profesional médico o el responsable de la prestación del correspondiente servicio de salud, demuestre con suficiente grado de probabilidad que de haber este actuado diligentemente los padres de igual manera habrían optado por concebir, o la gestante por no interrumpir voluntariamente su embarazo; en caso tal no sea posible demostrar tal circunstancia o la que se le opone, es indudable que desde estos postulados teóricos sería innegable la existencia de tal incertidumbre causal. Es decir, sin llegar a adoptar una postura tan radical como la de afirmar en todo caso la existencia de un curso causal no verificable, se reconoce la posibilidad de que acaezcan ciertas circunstancias en donde el curso de los acontecimientos resulte comprobable. Así, pues, se inserta en el marco de esta línea de pensamiento, la posibilidad de que el demandado se exima de responsabilidad a través de la prueba que acredite que aun cuando se hubiera actuado diligentemente no se habría cambiado en nada el curso de los acontecimientos, de tal forma que se descarte de manera definitiva aquel nexo causal que se pretendía afirmar entre la conducta del demandado y el daño indemnizable.

Sea como fuere, esta teoría no se encuentra al margen de las mismas dificultades y obstáculos puestos de manifiesto en el anterior epígrafe. Es claro, que los juicios de valor basados en probabilidades constituyen un factor fundamental en el desarrollo de esta teoría, pues la prueba relativa a que los padres o la gestante habrían actuado en un

⁴⁷⁹ Ver los comentarios que sobre esta cuestión efectúan algunos autores. GALÁN CORTÉS, Julio, *Responsabilidad civil médica*, op. cit. p. 447; MARTIN-CASALS, Miquel, SOLÉ FELIU, Josep, “Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 2002”, op.cit. pp. 1113-1114.

sentido específico –continuar con la concepción a pesar de los riesgos de anomalías, no abortar a pesar de conocer el estado anómalo del feto- lleva consigo la necesidad de acudir a criterios probabilísticos basados en hechos o circunstancias específicas (factores objetivos). No resultaría posible tratar de determinar cuál habría sido el comportamiento de los padres o de la gestante sin acudir a los referidos criterios, máxime si se tiene en cuenta que se trata de situaciones que por su carácter hipotético no podrían ser afirmadas con total certeza ni aun por los implicados, en tanto que tal como se señaló anteriormente, de ninguna manera resulta comparable tal cuestionamiento en el momento en que se debe tomar una decisión con aquel que se realiza *a posteriori*⁴⁸⁰.

Al margen del cúmulo de objeciones que puedan predicarse de esta teoría, es indudable que el mayor obstáculo en su aplicabilidad parte de la necesidad de probar las afirmaciones en que se funda el demandado. A la mera dificultad de acreditar qué habría sucedido o cuál habría sido el comportamiento de los padres, se suma el obstáculo de imponer la carga de tal acreditación a un sujeto que en principio no tiene muchas posibilidades reales de inferir con cierto grado de razonabilidad qué comportamiento habría adoptado los padres en el marco de una situación hipotética⁴⁸¹. Situación que se agravaría aún más en aquellos casos en donde los padres o la gestante nieguen haber actuado en el sentido afirmado por el demandado, pues desvirtuar tal alegato resulta visiblemente complicado. De cualquier manera, es necesario resaltar que aquellas excepciones propuestas por el demandado, como la que supone esta línea argumentativa, deben como cualquier otra ser sustentadas y debidamente acreditadas por parte de quien las alega, por lo que el grado de dificultad o complejidad de su prueba no constituye una razón válida para dejar de exigirla y darla por hecho, o peor aún, para imponerle al demandante la obligación de desvirtuar las afirmaciones del demandado. Por otro lado, existe quienes encuentran un impedimento adicional a tal imposición en el contenido inherente a tal prueba, concretamente, a causa de la incidencia que la misma tendría en la esfera íntima de los padres, principalmente en la gestante si nos encontramos hablando de la cuestión relativa a si habría llevado a cabo o no la interrupción voluntaria del embarazo.

Es de resaltar que la incidencia de este tipo de argumentos no obstaculizan en su totalidad la viabilidad de estas reclamaciones, como pareció sugerirse en el ordenamiento jurídico español, aunque de manera involuntaria, con las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 1999 y de 7 de junio de 2002, en tanto que parecían crear una línea jurisprudencial que tácitamente le estaba otorgando cierta vigencia a los postulados propios de esta teoría, con el agravante de que en ambos casos se resolvió el problema relativo al nexo causal sin la obtención de pruebas concluyentes, aplicando dicha doctrina “al gusto del demandado”, por lo cual se rechazaron las pretensiones que en aquella oportunidad se interpusieron⁴⁸². No obstante, tal como se ha podido observar, esta línea jurisprudencial no constituye doctrina consolidada en los tribunales españoles, aun cuando sí es posible identificar ciertos fallos aislados en los que haciendo gala de un análisis conjunto del material probatorio, lo que se hace en realidad es resolver el problema causal afirmando apodícticamente la negación de un nexo etiológico entre la conducta negligente enjuiciada y los daños que se estiman indemnizables. Tal como se comentó en su momento, al igual que la teoría de los cursos causales no verificables, la

⁴⁸⁰ En este mismo sentido. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo, op.cit. pp. 857-865.

⁴⁸¹ Destacando esta obligación a cargo de quien alega esta teoría de origen alemán. GALÁN CORTÉS, Julio *Responsabilidad civil médica*, op. cit. p. 447.

⁴⁸² Ibid. p. 1113-1114.

teoría de la conducta alternativa conforme a derecho si acaso constituiría un obstáculo, solo lo sería respecto de aquellos daños que surjan como consecuencia del ejercicio positivo del derecho a procrear o de la negativa a interrumpir voluntariamente el embarazo. En consecuencia, aquellos perjuicios que se manifiestan con independencia de tales acontecimientos no dependen de los mismos para su existencia, surgiendo la posibilidad respecto de estos de una obligación de reparación.

3.4 La teoría del deber de mitigar el daño y su incidencia en el marco de las reclamaciones objeto de estudio

Siguiendo esta misma línea relativa a rechazar la acreditación de un nexo etiológico en el marco de estas reclamaciones se ha llegado incluso a acudir a teorías que resultan de dudosa aplicación en el marco de las mismas. Así pues, es posible encontrar líneas argumentativas que identifican en la negativa de la gestante a interrumpir voluntariamente el embarazo, una infracción al deber de mitigar el daño, que en últimas se estima como una representación o manifestación del principio de la buena fe⁴⁸³. Resulta evidente que esta clase de argumentaciones adquieren mayor relevancia en aquellos supuestos en donde la gestante puede adoptar de manera libre y consciente su facultad de interrumpir voluntariamente el embarazo, de manera tal que el ejercicio libre de tal prerrogativa (negativa a abortar) es lo que constituye el incumplimiento o infracción de aquel deber de mitigar el daño.

En consecuencia, aquellos supuestos que se manifiestan en el marco de los diagnósticos prenatales, en principio, no revisten mayor importancia a la luz de estos argumentos, en tal forma que el falso negativo generado en la gestante tiene precisamente como efecto la imposibilidad de ejercer libremente la facultad de abortar. Siendo especialmente importantes el resto de supuestos (procedimientos de diagnósticos preconceptionales, preimplantatorios, indirectos) que dan causa a las reclamaciones “wrongful birth”, así como algunos referidos a las reclamaciones “wrongful conception”⁴⁸⁴, toda vez que en ellos se le otorga la posibilidad a la gestante de que en la etapa o fase prenatal pueda efectuarse los controles de rigor y si es del caso ejercer de manera libre y consciente el referido derecho a abortar. Prerrogativa que tal como se dijo en su momento debe encontrarse autorizada y preestablecida en el ordenamiento jurídico respectivo, de modo que si la regulación del aborto se realiza a través de un estricto sistema de indicaciones, como en efecto sucede en nuestro país, aún más complicada será la adaptación de esta teoría en el marco de estas reclamaciones (“wrongful conception”).

Ello es así, por cuanto la gestante no tendrá en tales supuestos la potestad de ejercer tal derecho sino solo bajo las indicaciones específicas señaladas en la sentencia C-355/2006. Situación distinta se presentaría en aquellos eventos en donde el sistema de regulación del aborto combina un sistema de plazos e indicaciones, como sucede en el

⁴⁸³ Sobre la consideración de que el deber de mitigar el daño constituye una representación del principio de la buena fe. COOKE, John y OUGHTON, David, “*The Common Law of Obligations*”, Butterworths, 2ª edición, Londres, 1993, p. 408.

⁴⁸⁴ Cabe recordar que no todos los supuestos propios de las reclamaciones “wrongful conception” permiten un ejercicio libre del derecho a abortar en caso tal este se encuentre permitido, v.gr. los casos de aborto fallido en donde no es posible volver a practicar dicha intervención quirúrgica por vencimiento del plazo, aquellos supuestos en donde el profesional médico se niega a practicar dicha intervención.

caso español, francés y alemán, en donde durante el plazo que se fije de conformidad con la regulación de cada país para ejercer libremente el derecho a interrumpir voluntariamente el embarazo, es perfectamente posible hacerlo efectivo con independencia de cualquier indicación específica que lo autorice, permitiendo así, que cobren aplicabilidad los postulados propios de la teoría del deber de mitigar el daño.

En consonancia con lo anterior, también es posible identificar ciertos argumentos más inverosímiles aún, que no centran en el derecho a abortar de la gestante la supuesta infracción al deber de mitigar el daño sino en la actuación relativa a no dar en adopción el niño inmediatamente nace. Se parte de la idea de que al no dejar al niño en adopción se está incumpliendo con el deber de aminorar los daños por los cuales se solicita indemnización (daños patrimoniales por los gastos de manutención ordinarios y extraordinarios, daños morales por el sufrimiento que supone para los padres convivir día con día con la condición gravemente discapacitada del niño). De haber actuado en tal sentido, dichos daños posteriores al nacimiento no se habrían ocasionado. Teniendo en cuenta que tal infracción ya no se manifiesta en el ejercicio negativo del derecho a abortar sino en la actuación desplegada por los padres una vez acaecido el nacimiento del niño, tal teoría no solo resulta predicable de los supuestos anteriormente referidos sino también por obvias razones respecto de los relativos a los diagnósticos prenatales⁴⁸⁵.

Vale destacar aun cuando resulte evidente, que la referida teoría no podría gozar ni aun *a priori*, de aplicabilidad en lo referente a las reclamaciones “wrongful life”. No es quien funge como demandante -víctima- en el marco de estas reclamaciones a quien le correspondería tomar la decisión respecto de su adopción, ni mucho menos ejercer el derecho a interrumpir voluntariamente el embarazo, entre otras razones porque resulta físicamente imposible. Así pues, la imposición de tal deber o carga en el marco de las reclamaciones “wrongful life” no resulta ni mucho menos verosímil, por lo que su aplicabilidad no es compatible con la esencia misma de estas demandas. No obstante, otra cuestión muy distinta sería qué efectos tendría respecto del niño que la gestante no haya ejercido positivamente su derecho a abortar⁴⁸⁶. Pero en ningún caso es posible señalar que aun en estos eventos nos encontramos hablando de un deber de mitigar el daño, pues el mismo se refiere a una carga impuesta a la víctima quien en virtud del principio de la buena fe debe tomar todas aquellas medidas que se estimen razonables para evitar o aminorar en la medida de lo posible los efectos dañosos de la conducta perpetrada⁴⁸⁷.

⁴⁸⁵ Tal parece ser la posición de este autor, aun cuando rechaza calificar tal situación como un supuesto propio de la teoría del deber de mitigar el daño, prefiriendo abordar la cuestión desde la teoría de la imputación objetiva mediante el criterio de la asunción voluntaria de tales daños. PANTALEON PRIETO, Fernando, “Procreación artificial y responsabilidad civil”, op.cit. p. 251.

⁴⁸⁶ Es claro, pues, como en estos casos puntuales surgen autores que plantean esta clase de eventos como auténticos ejemplos en los que dicha actuación de la mujer constituye respecto del niño un supuesto de interrupción del nexo causal entre la conducta del profesional médico y los daños por este padecidos. Concretamente, a causa del hecho o la intervención de un tercero (la gestante). MACÍA MORILLO, Andrea, *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales. Las llamadas acciones de Wrongful birth y Wrongful life*, op.cit. pp. 520, 528, 550-553.

⁴⁸⁷ SOLER PRESAS, Ana, *La Valoración del Daño en el Contrato de Compraventa*, Aranzadi, Navarra, 1998, p. 64. No obstante, existen autores que cuestionan esta posición y alegan que el deber de mitigar el daño no ostenta un sentido preventivo sino aminorador o paliativo. DE CUEVILLAS MATOZZI, Ignacio, *la relación de causalidad en la órbita del derecho de daños*, Tirant lo Blanch, 1ª edición, Valencia, 2000, p. 166; YZQUIERO TOLSADA, Mariano, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 499.

En términos generales, si bien se logran encontrar interpretaciones que parecen sugerir la aplicación de algunos criterios propios de esta línea argumentativa, es cierto que el empleo de la misma es descartada casi por unanimidad en el marco de las demandas “wrongful conception” y “wrongful birth”, lo cual resulta entendible en tanto que calificar expresamente el ejercicio de un derecho como la imposición de un deber resulta cuanto menos una intromisión desproporcionada en la esfera íntima de su titular, por consiguiente, un atentado en contra de la dignidad propia de todo ser humano. Por tal motivo, es prudente señalar que la aplicación de tal teoría no parece haberse aplicado nunca de manera expresa por parte de los tribunales en el marco de estas reclamaciones, aun cuando cobra relevancia traerla a colación, en tal forma que sí existen consideraciones que de manera enmascarada imponen tal carga en el demandante.

Resulta curiosa aquella posición adoptada por la doctora Macía Morillo a este respecto, quien a nuestra consideración a pesar de rechazar expresamente la aplicación de la doctrina del deber de mitigación del daño en el marco de las reclamaciones “wrongful birth” y “wrongful conception”⁴⁸⁸, hace soportar a la víctima una serie de consecuencias negativas que estima surgen como resultado de la no interrupción voluntaria del embarazo. Sostiene esta autora que si bien no se está hablando de un deber de abortar sino de una facultad que puede ser ejercida de manera libre, esto no significa que la adopción de tal prerrogativa carezca de trascendencia en lo que respecta a la imputación de la responsabilidad por aquellos daños posteriores a tal decisión. Por el contrario, cuando la misma se ejerza en sentido negativo se debe entender, por un lado, que la carga de los daños posteriores al nacimiento es asumida de manera consciente por parte de la gestante y, por otro lado, que con dicha conducta la gestante está interrumpiendo el nexo causal iniciado en fase preconceptiva por el comportamiento del profesional médico⁴⁸⁹. Afirma que no puede dejar de tenerse en cuenta aquellos efectos que para el derecho supone el ejercicio negativo de tal facultad, por lo que sin obligar a la gestante a abortar para evitar los daños posteriores al nacimiento, es posible identificar en tal actuación un comportamiento relevante en cuanto a la imputación de la responsabilidad civil.

Sobre este aspecto el ya referido caso inglés *Emeh v. Kensington and Chelsea and Westminster Area Health Authority*, constituye un excelente ejemplo que aborda en interesantes términos la cuestión. El asunto se ventilaba en el marco de las reclamaciones “wrongful conception” a causa de la realización defectuosa de una operación esterilizadora, trayendo como consecuencia el nacimiento de un niño en condiciones graves de salud. En tal oportunidad, la Corte de Apelaciones de Londres revocó parcialmente el fallo proferido por el juez de primera instancia, que se pronunciaba en términos similares aun cuando no iguales a la autora anteriormente citada⁴⁹⁰, en donde se adoptó el criterio de que la determinación de la gestante de no interrumpir voluntariamente el proceso de embarazo no resultaba una decisión razonable de cara al deber de aminorar en el término de sus posibilidades los efectos de la conducta infractora del demandado, eclipsando así el mal hacer de este. En consecuencia, se estimó la creación de un nuevo curso causal que resultaba independiente al inicialmente elaborado

⁴⁸⁸ MACÍA MORILLO, Andrea, *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales. Las llamadas acciones de Wrongful birth y Wrongful life*, op.cit. pp. 551-553.

⁴⁸⁹ Ibid. p. 520 y 551.

⁴⁹⁰ Esta autora no entra a valorar la conveniencia o no de la decisión de abortar, es decir, sobre si es razonable o no el haber actuado de una u otra forma. Solo se limita a imprimirle efectos jurídicos a la decisión de la gestante.

por el profesional de la salud, por lo que se le negó la oportunidad a la demandante de ser reparada en cuanto a aquellos daños que surgieron con posterioridad al nacimiento del niño.

Así pues, el Tribunal de Apelación calificó de inaceptable la posición adoptada por el tribunal de primera instancia y se opuso a la consideración crítica que se efectuó respecto del sentido en que se llevó a cabo el derecho a abortar, de modo que tal embarazo había sido en realidad causado por la conducta negligente del profesional médico. Se anuló cualquier posibilidad de calificar como “no razonable” la decisión de la gestante de no abortar, en tal forma que la misma constituye una prerrogativa que puede ser ejercida con total libertad por parte de su titular sin que por esto se deriven consecuencias negativas de tal hecho.

En los mismos términos se manifiesta una sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 20 de septiembre de 1999, en donde al pronunciarse sobre un supuesto relativo a las demandas “wrongful conception”, el tribunal descalificó la posibilidad de considerar que la determinación de no abortar por parte de la demandante supusiera de manera correlativa la asunción por esta de los daños alegados en la demanda. La sola postulación de tal conducta –dice- atenta contra los más elementales principios de la ética sin llegar a tener en cuenta aquellas convicciones y creencias religiosas que en el marco de la demanda la gestante aseguró poseer.

Planteando de igual manera esta cuestión se manifiestan los profesores Martin Casals y Solé Feliu quienes niegan cualquier posibilidad de hablar de un deber de mitigar el daño en estas concretas circunstancias, dividiendo su argumentación desde dos grandes perspectivas. Por un lado, se parte de la base de que el deber de mitigación del daño impone a la víctima la carga de adoptar medidas “razonables” que busquen evitar o aminorar los efectos de la conducta infractora, pero que en todo caso no constituyan sacrificios desproporcionados para la víctima. De modo que ubicar a la madre ante la opción de abortar o, lo que es lo mismo, atribuirle una serie de consecuencias negativas por el hecho de no hacerlo supone necesariamente la imposición de sacrificios o cargas desproporcionadas. Por otra parte, se alega que aceptar esta posibilidad implicaría la valoración de aquellas razones por las cuales la gestante decidió no llevar a cabo el aborto, lo que a su vez implicaría la intromisión injustificada en la esfera íntima de la víctima⁴⁹¹. En la misma línea se manifiesta De Ángel Yagüez, quien señala que el reconocer a la madre el derecho a abortar no supone deducir de ahí un deber de hacerlo, que es lo que sucedería si se admitiera la argumentación objeto de estudio⁴⁹².

Así las cosas, y sin ánimo de extendernos en esta cuestión, no solo no es acertado pretender la aplicación -en los términos anteriormente referidos- de la teoría del deber de mitigar el daño en estas reclamaciones, sino que tampoco resulta viable hacerle soportar al demandante consecuencias negativas de la decisión de no interrumpir voluntariamente el embarazo. Aun cuando se rechace cualquier idea de deducir o imponer un deber de abortar a la gestante, es claro que con la consideración crítica que se realiza respecto del ejercicio de esta facultad personal se está imponiendo al demandante un sacrificio desproporcionado, máxime si se tiene en cuenta que para la obtención de una reparación

⁴⁹¹ MARTIN-CASALS y Miquel, SOLÉ FELIU, Josep, “Anticoncepciones fallidas e hijos no previstos”, op.cit. p. 7.

⁴⁹² DE ANGEL YAGÜEZ, Ricardo, “Diagnósticos genéticos y prenatales y responsabilidad (Parte II)”, op.cit. p. 148.

de los daños posteriores a tal decisión debe el titular de dicha facultad actuar en un sentido determinado, dejando de un lado sus convicciones morales o religiosas que le puedan impedir significativamente actuar de tal modo. La deducción de un deber de abortar se hace aún más patente en aquellos argumentos que afirman el carácter razonable o irrazonable de la actuación de la gestante, pues al efectuar tal juicio de valor se le está otorgando cierta connotación negativa a la conducta enjuiciada que sin lugar a dudas lesiona la autodeterminación de todo ser humano, así como el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad de la madre.

El curso causal es iniciado por el profesional médico en fase preconceptiva o preimplantatoria al no efectuar el diagnóstico que se estima indicado o al llevarlo a cabo de manera errónea, creando en los padres un falso negativo. Iter causal que no se ve afectado por la decisión tomada por la gestante, que en virtud del reconocimiento de un derecho efectúa el ordenamiento jurídico; de no ser así, la esencia de tal derecho desaparecería pasando a constituir una exigencia o carga cuyo incumplimiento acarrearía consecuencias negativas. Consecuencias que sin lugar a dudas se actualizan a través de un supuesto rompimiento del nexo causal en razón a la decisión de la gestante de no abortar, generando como resultado la imposibilidad de reparar aquellos daños que surgen con posterioridad a tal decisión, más concretamente, aquellos que surgen con posterioridad al nacimiento. Tal situación resulta aún más preponderante, si analizamos aquellos supuestos en donde la infracción a tal deber se ubica en la decisión de no haber dado en adopción al niño inmediatamente nace. Es evidente que aquí tampoco cabe considerarse tal actuación como un deber o carga que deberían llevar a cabo los padres para aminorar o mitigar los efectos generados por la conducta médico-asistencial negligente. Ello es así, en tanto que se trata de una conducta que se predicará de la mera liberalidad de los padres y que hasta cierto punto puede considerarse que en algunas ocasiones se toma también de conformidad con lo que más resulte conveniente para el niño, pero en ninguna medida es posible deducir de tal situación la exigibilidad de esta clase de actuaciones⁴⁹³.

A este respecto es curioso el tratamiento desplegado por la citada autora, doctora, Macía Morillo, en lo relativo a este concreto aspecto. Sostiene que en estos eventos es necesario tener en cuenta que tal conducta -dar al niño en adopción- no resulta exigible como actividad dirigida a mitigar el daño, rechazando por tal inexigibilidad o falta de deber cualquier consecuencia negativa, a saber: i). la asunción voluntaria de los perjuicios posteriores al nacimiento por parte de los padres (Teoría imputación objetiva). Es evidente la disparidad de criterios que se efectúa entre un caso y otro, si tenemos en cuenta que la decisión de no abortar, que también resulta inexigible, es relevante en cuanto al estudio de la imputación de responsabilidad, y no sucede lo mismo cuando tal decisión versa sobre dar o no en adopción al niño. No entendemos suficiente el argumento utilizado por la citada autora para justificar dicho tratamiento diferenciado. Señala la existencia de un falso paralelo entre ambas situaciones, en tanto se tratan de eventos disímiles, pues en el primero de los casos la decisión sobre la asunción de los perjuicios se efectúa antes de que se lleven a cabo y, en el segundo de ellos, no puede existir tal asunción, en tanto que estos ya han acaecidos⁴⁹⁴.

⁴⁹³ PANTALEON PRIETO, Fernando, "Procreación artificial y responsabilidad civil", op.cit. p. 251.

⁴⁹⁴ MACÍA MORILLO, Andrea, *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales. Las llamadas acciones de Wrongful birth y Wrongful life*, op.cit. p. 554.

En cuanto a ello, hay que señalar que esta última afirmación resulta cuanto menos dudosa. En primer lugar, por cuanto no existe un parámetro a partir del cual se deba tener en consideración la conducta de dar en adopción al niño, por lo que se dificulta la labor de afirmar que al tomar tal determinación los daños ya se han manifestado. Aun partiendo de la presunción de que tal parámetro es posible identificarlo en el momento inmediato en que nace el niño, es decir, a partir del primer momento en el cual es posible darlo en adopción, la conclusión a la que llega la autora también ofrece dudas. Aquellos daños posteriores a la decisión de no abortar, que en el marco de este trabajo hemos estimado resultan indemnizables, se deben a daños que surgen con posterioridad no solo al nacimiento sino que se llevan a cabo en el marco de la vida diaria, de la cotidianidad, del interactuar día con día con el niño. Perjuicios cuyo acaecimiento no se han producido inmediatamente nace el niño sino que en algunas ocasiones se manifiestan a lo largo de toda la vida de este, como efectivamente sucede en aquellos eventos en donde el nacimiento se da en condiciones de grave discapacidad. Es indudable, pues, que aquellos padres que dan en adopción al niño que nace en tales condiciones no se encuentran legitimados para solicitar reparación por los perjuicios patrimoniales que suponen los gastos extraordinarios derivados de dicha patología, de suerte que tales gastos no se generaron, lo cual quiere decir que en realidad constituye un desacierto afirmar apodícticamente que dichos daños ya se han producido al momento de que sea posible tomar la decisión de dar en adopción al niño, como en efecto lo hace la citada autora.

En definitiva, no solo debe rechazarse la aplicación formal de la teoría del deber de mitigar el daño en el marco de estas reclamaciones, sino también su aplicación material, en tal forma que tampoco resulten predicables aquellos argumentos que apuntan a otorgar consecuencias jurídicas negativas para la gestante como resultado del ejercicio de la facultad de interrumpir voluntariamente el embarazo, ni mucho menos, como resultado de la decisión de no haber dado al niño en adopción. Situación que valga destacar, adquiere mayúscula importancia en el análisis de estas reclamaciones, de modo que este argumento suele ser uno de los principales obstáculos en cuanto al estudio del elemento del nexo etiológico respecto de aquellos cursos causales que tienen origen en fase preconceptiva o preimplantatoria.

4. LA TEORÍA GENERAL DE LA CAUSALIDAD COMO SISTEMA DE IMPUTACIÓN CAUSAL TRADICIONAL

4.1 La teoría tradicional de la causalidad física – “Condicio sine qua non”- “but for test”

En cierta medida, esta idea de causalidad que se manifiesta en el mundo del ser constituye una de las claves de la función resarcitoria de la responsabilidad civil, la cual resalta la idea de trasladar el coste del daño del patrimonio de quien lo padece al de quien lo genera verdaderamente, por lo que la imputación de responsabilidad en un sujeto que no propicia o produce el acaecimiento del perjuicio desconocería indudablemente dicha función.

El fundamento de esta doctrina de imputación causal hace referencia a la exigencia de un nexo causal naturalístico, a esa idea de causalidad que la define como un mero fenómeno natural de la vida, la cual se basa exclusivamente en una relación física

de causa-efecto que se ubica solo en la realidad objetiva⁴⁹⁵. Así pues, el concepto de causalidad que se aborda desde esta perspectiva es aquel fenómeno que se genera exclusivamente en el mundo del ser, el cual se produce o no se produce, por lo que solo podría afirmarse o negarse, no siendo posible identificar términos medios que puedan conducir a la idea de indemnizaciones proporcionales o probabilísticas. Dicho de otro modo, se parte de un principio que prohíbe cualquier tipo de divisibilidad de la causa⁴⁹⁶. Así las cosas, el derecho de daños precisamente por el mandato que impone aquel principio que hace referencia a que los daños sean reparados por su verdadero causante, no puede ser abstraído de manera absoluta de esa consideración meramente naturalística o newtoniana de la causalidad, por lo que aún en la actualidad es posible afirmar la importancia que supone la causalidad de hecho en el marco de la responsabilidad resarcitoria⁴⁹⁷. Tanto es así, que ello se refleja de manera evidente en el tratamiento que la jurisprudencia en general le ha venido otorgando a aquellos supuestos de incertidumbre causal, pues dada aquella concepción relativa a afirmar o negar la existencia de un nexo etiológico (teoría del todo o nada-causalidad de hecho), se hace soportar a la víctima las consecuencias negativas que se puedan derivar de tal incertidumbre⁴⁹⁸. Es decir, las dificultades propias de la prueba del nexo causal natural, que no son ni mucho menos poca cosa, recaen de manera exclusiva en quien pretende la reparación, lo cual deja entrever el peligro respecto de una sistemática exoneración de responsabilidades que giran en torno a la referida dificultad.

No obstante lo anterior, en la actualidad es posible identificar no pocos eventos en donde la aplicación de esta causalidad de hecho, natural e indivisible en la que se fundamenta el Derecho de daños se ha visto sometida a determinadas excepciones, lo cual parece constituir la antesala de un nuevo camino en el estudio de la responsabilidad civil. Así, sin ánimo de extendernos en este sentido, es posible identificar en aquellos casos relativos a las intervenciones concurrentes de tercero, de la víctima e, incluso de eventos fortuitos o de fuerza mayor, algunos de los supuestos en donde podría decirse que la jurisprudencia internacional paulatinamente ha admitido cierta divisibilidad en la causa, de modo que dichas intervenciones concurrentes adquieren un significativo grado de incidencia en la cuantificación del daño. Se efectúa una cuantificación del perjuicio en función de la cuota causal correspondiente al infractor, descontándose correlativamente la cuota relativa al evento que contribuyó concurrentemente a la causación del daño. En estos eventos, es claro que existe cierto distanciamiento de aquella idea que parte de identificar la causalidad como un fenómeno natural u objetivo para convertirse en un

⁴⁹⁵ MIR PUIGPELAT, Oriol, *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Organización, imputación y causalidad*. Civitas, 1ª edición, Madrid, 2000, pp. 235-236. Es de destacar que no pocos autores circunscriben el juicio de causalidad en general a la relación causa-efecto entre el comportamiento enjuiciado y el perjuicio irrogado. Ver. TAMAYO LOMBANA, Alberto, op.cit. p. 101.

⁴⁹⁶ Ver. MEDINA ALCOZ, Luis, *Teoría de la Pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*, op.cit. p. 244-247.

⁴⁹⁷ Prefiriendo hablar mejor de una teoría normativista de la responsabilidad, este autor le resta gran protagonismo a la causalidad de hecho. Al respecto, señala: “Asumo como punto de partida una teoría normativista de la responsabilidad, entendiendo por tal la tesis que sostiene que surge responsabilidad no como una especie de reflejo de un estado “natural” prejurídico sino cuando el ordenamiento “artificialmente” así lo determina. No siempre será necesario, pues, que haya una relación de causalidad entre la acción responsable y el daño producido. Así sucede, por ejemplo, en los casos en que el ordenamiento determina que la responsabilidad surge simplemente por la creación de un riesgo del daño producido, sin que haya que acreditar un nexo causal”. GASCÓN ABELLÁN, Marina, “Prueba de la causalidad en pleitos de daños y pérdida de oportunidad”, *Derecho de daños*, Sepin, 1ª edición, Madrid, 2011, p. 196-197.

⁴⁹⁸ Poniendo de manifiesto tal situación. Ibid. p. 211.

fenómeno ideal o ficticio susceptible de fraccionamiento. Aquellos casos relativos a la responsabilidad colectiva (causa anónima), responsabilidad por cuota de mercado, así como aquellos que se fundamentan estrictamente en la causalidad probabilística, en donde cobra gran relevancia la teoría de la pérdida de la oportunidad a la que más adelante nos referiremos, también se parte de la consideración de la causalidad como una noción ideal o ficticia que resuelve de manera más efectiva y satisfactoria aquellas dificultades que se pueden actualizar en cuanto a la prueba del hecho causal natural y que en efecto son las que se suelen manifestar en esta clase de supuestos que le dan causa.

Sea como fuere, existe cierto grado de consenso en cuanto a la utilización de los mecanismos con que aproximarse en la medida de lo posible a la verdad de los hechos, es decir, a la existencia de ese vínculo etiológico que se fundamenta en el mundo del ser. Así, se dice que hay causalidad material o física cuando a través de la reconstrucción mental o ideal del curso de los acontecimientos se llega a la inferencia lógica de que de no haber tenido lugar el hecho lesivo el daño no se habría producido. Esta regla de notable predicamento en la historia de la responsabilidad civil es la que se ha denominado en el derecho norteamericano “but for test” (de no haber sido por), también reconocida en el derecho europeo como “la teoría de la equivalencia de las condiciones”⁴⁹⁹, “condicio sine qua non” (condición sin la cual no) o “teoría de la condición”.

Cualquier clase de fenómeno o suceso surge como consecuencia de la existencia de aquellas condiciones que producen su realización, siendo especial requerimiento de esta doctrina considerar las mismas como auténticas causas naturales. Ahora bien, la actualización de estos fenómenos depende concretamente de la aparición de cada una de estas condiciones, en tal forma que si se elimina alguna de ellas a través de cualquier operación mental, el fenómeno en cuestión no habría tenido lugar. Se parte de la aplicación de un método de eliminación, de modo que sea posible valorar si de no mediar la conducta enjuiciada no se hubiera llevado a cabo el daño, pudiéndose afirmar cuando así suceda, que tal conducta constituye una de las variadas condiciones que fungen como necesarias para la causación del perjuicio. En definitiva, es posible afirmar que tales teorías que coinciden en aplicar un juicio de causalidad física, desarrollan un examen *a posteriori* cuya finalidad estriba en determinar si la conducta objeto de estudio constituye, en esencia, una condición material en la producción del detrimento⁵⁰⁰.

4.2 La teoría de la causalidad jurídica

La aplicación exclusiva de estos criterios de aproximación a la verdad de los hechos –“Teoría de la equivalencia de las condiciones”, “Conditio sine qua non”, “but for test”- no resuelve de manera definitiva el juicio de causalidad. En efecto, estas teorías que parten de la aplicación de un juicio de causalidad física no resultan suficientes para

⁴⁹⁹ La elaboración de esta teoría surge básicamente para el ámbito penal y es elaborada por el penalista alemán Maximilian Von Buri en 1855. Esta teoría también fue defendida en sus inicios como doctrina científico-natural autorizada para el estudio del elemento causal en supuestos de responsabilidad.

⁵⁰⁰ Sobre esta misma cuestión. REGLERO CAMPOS, Luis, “El nexo causal. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor. La concurrencia de culpas”, *Tratado de Responsabilidad Civil*, Aranzadi S.A, 3ª edición, Elcano, 2007, p. 345.

solucionar de manera satisfactoria la variedad de problemas causales que plantea la práctica judicial y que son propios del sistema de responsabilidad civil. Aun cuando la aplicación de estos criterios conduzca a la afirmación de un nexo causal, se entiende, en ocasiones, que hay razones de orden dogmático que exigen exonerar de responsabilidad a su autor⁵⁰¹. En esencia, la aplicación exclusiva de la teoría de las condiciones equivalentes, en muchas ocasiones no permite estar en consonancia con una ejecución justa y conforme a los principios sobre los cuales se edifica el derecho en general y la institución de la responsabilidad civil en específico.

Es precisamente en este contexto, en donde surge la teoría de la causalidad jurídica como aquel instrumento que en el marco del juicio de causalidad complementará el análisis fáctico que supone la aplicación de la teoría de las condiciones equivalentes. En consecuencia, es posible destacar dos ámbitos concretos de aplicación para cada una de ellas. Así, las cuestiones de causalidad fáctica o natural (*questio facti*) constituyen el escenario propio en el que la teoría del “but for test” o equivalencia de las condiciones puede desarrollarse, mientras que aquella relativa al ámbito jurídico de la relación de causalidad (*questio iuris*) solo puede ser desarrollada a través de la teoría de la causalidad jurídica, la cual en última instancia, es la encargada de discriminar, con base en criterios y valores normativos, aquellos elementos fácticos *sine qua non* que no ostenten relevancia jurídica, de aquellos que en efecto son susceptibles de imputación de responsabilidad⁵⁰².

Un ejemplo muy ilustrativo de la cuestión lo podríamos encontrar en aquellos eventos en donde, aunque la aplicación de la teoría del “but for test” o “teoría de la equivalencia de las condiciones” nos conduzca a la acreditación de un nexo etiológico, surge la necesidad de abordar el cuestionamiento de orden jurídico que definirá de manera absoluta el juicio causal⁵⁰³. Piénsese en aquellos supuestos -muy citados por la literatura jurídica- en donde no cabría atribuir a quien generó una herida leve, aquellos daños que el afectado padeció a causa de ser arrollado cuando volvía a casa desde el hospital al que tuvo que ir para curarse de la primera lesión. Es evidente, pues, que desde la reconstrucción mental de los acontecimientos la conducta enjuiciada constituye una condición material necesaria del resultado final, en tal forma que el perjudicado, de no haber sufrido la primera lesión, no habría acudido al hospital y, por tanto, no habría estado en el lugar de los hechos en el momento en que el automóvil finalmente lo arrolló. Sin embargo, suelen aplicarse criterios y valores normativos en este sentido que descalifican cualquier posibilidad de otorgarle a dicha conducta relevancia jurídica, de manera tal que aun cuando se manifieste la existencia de un curso causal físico, este no resulta suficiente para la acreditación del elemento causal, generando como consecuencia una irresponsabilidad resarcitoria.

En esta tesitura es importante efectuar una aclaración que estimo fundamental. Es clara, la influencia de la teoría alemana de la imputación objetiva en la literatura jurídica, concretamente, en aquella que hace referencia al derecho penal y a la responsabilidad

⁵⁰¹ Ibid. p. 250.

⁵⁰² LÓPEZ MESA, Marcelo, *Elementos de la Responsabilidad Civil*, op.cit. p. 347.

⁵⁰³ Siguiendo esta misma línea argumentativa consistente en integrar dentro del juicio de causalidad, tanto el aspecto fáctico como jurídico. Ver. Ibid. pp. 333-349; MARTINEZ RAVE, Gilberto, op.cit. pp. 142-144; VELÁZQUEZ POSADA, Obdulio, op.cit. p. 462; entre muchos otros. Actualmente, quizá solo en Bélgica, esta teoría de las condiciones equivalentes es probablemente el único criterio causal.

resarcitoria. Enfocándonos en esta última, pues es precisamente la que a nuestros efectos interesa, es importante señalar que si bien el Derecho de daños no constituye el escenario a partir del cual nacen este tipo de teorías y, por consiguiente, el ámbito en el cual ha adquirido mayor evolución; es indudable que su aplicación ha sido también allí puesta de manifiesto por muchos autores, especialmente si analizamos el ordenamiento jurídico español, en donde la injerencia de esta teoría resulta significativa⁵⁰⁴. En efecto, puede afirmarse que a partir de los años ochenta surgen en aquel país los primeros pronunciamientos a este respecto, siendo la doctrina quien se ha caracterizado por traer a colación la aplicación de tal teoría, secundada más tarde aun cuando con más yerros que aciertos por la jurisprudencia civil y con mucha menor acogida en la jurisprudencia administrativa. En consecuencia, es usual encontrar en el lenguaje jurídico moderno específicas referencias a la teoría de la imputación objetiva como aquella doctrina aplicable en el ámbito jurídico de la relación de causalidad, incluso, se suele manejar en la doctrina civil española como un concepto sinónimo al de la causalidad jurídica.

Sin entrar en discusiones que no interesan al objeto de nuestro trabajo, sí es preciso señalar que no haremos especial referencia a la doctrina de la imputación objetiva como teoría aplicable en el ámbito jurídico del estudio de la causalidad, pues se trata de una teoría que además de presentar una serie de criterios imprecisos e indebidamente delimitados, pues existen tantos criterios y particularidades como autores se pronuncian al respecto, es evidente que los mismos se encuentran desarrollados con total independencia entre sí, no existiendo ningún tipo de armonía o compatibilidad que pueda llevar a evitar contradicciones en su aplicación. Asimismo, es perfectamente posible identificar entre ellos criterios que más que negar relevancia jurídica a factores físicos previamente acreditados en la cadena causal de acontecimientos, ostentan como finalidad solucionar las distintas dificultades que se pueden manifestar en cuanto a la etiología real o material. Práctica que no resulta para nada extraña en la jurisprudencia que hace uso de esta clase de criterios, en donde uno de los objetivos primordiales de su utilización obedece a determinar si la conducta enjuiciada es “condicio sine qua non” del resultado finalmente acaecido⁵⁰⁵. Es decir, se trata de criterios que se encuentran clasificados bajo el marco de una teoría que en esencia ostenta una finalidad específica - asignar o descartar relevancia jurídica a elementos fácticos que fungen como “condicio sine qua non”-, pero que al parecer también ostentan como ámbito de acción real el terreno de la causalidad fáctica⁵⁰⁶.

Tal es precisamente el caso de la denominada teoría del incremento del riesgo, que sin el ánimo de emitir ningún juicio descalificativo respecto de su conveniencia, pues la misma puede resultar de significativa importancia en aquellos supuestos de

⁵⁰⁴ Ver. GALÁN CORTÉS, Julio, *Responsabilidad civil médica*, op.cit. pp. 378 y ss; PANTALEON PRIETO, Fernando, “Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación”, *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, T. II. Centro de estudios Ramón-Areces, Madrid, 1990, p. 1562; REGLERO CAMPOS, Luis, op.cit. p. 344 y ss; YZQUIERO TOLSADA, Mariano, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, op.cit. pp. 193-196; entre muchos más.

⁵⁰⁵ Son ejemplos ilustrativos de este tipo de prácticas, aquellos que se manifiestan en el marco de los supuestos de sangre contaminada en donde no es segura la causa material de la infección.

⁵⁰⁶ Sobre esta cuestión y, siguiendo parcialmente la línea aquí expuesta, señala este autor que “invocar la imputación objetiva cuando no se busca seleccionar entre causas materiales obrantes, sino justificar la imputación a un sujeto del que no hay prueba real de que causó supone tergiversar la imputación objetiva o extender sorprendentemente su doctrina”. GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “Sobre algunos mitos del Derecho de daños. Causas que no causan e imputaciones objetivas bastantes subjetivas”, *Derecho de daños*, Aranzadi, 1ª edición, Navarra, 2013, p. 82.

incertidumbre causal -causalidad fáctica-, es importante destacar que su clasificación como criterio integrante de la teoría de la imputación objetiva ofrece cuanto menos numerosas dudas. Quizás resulte recomendable hacer uso de ella sin llegar a efectuar tal clasificación en la teoría de la imputación objetiva o, lo que es lo mismo, ubicarla en el marco de la causalidad jurídica, pues no parece que este criterio tenga como finalidad en sí misma descartar o asignar relevancia jurídica a factores físicos ya acreditados como “condicio sine qua non”.

En general, se trata de una construcción doctrinal que dada la naturaleza de sus postulados teóricos, más allá que reducir la imputación de responsabilidades, lo que en realidad hace es aumentarlas. De modo que aun en aquellos eventos en donde no resulte debidamente acreditado que el hecho lesivo fuera “condicio sine qua non”; según los fundamentos propios de este criterio de imputación, si la conducta enjuiciada aumenta el riesgo de producción del daño es posible atribuir responsabilidad civil⁵⁰⁷. En definitiva, entendemos que la aplicación general de estos criterios de relevancia jurídica como criterios integrantes de la denominada teoría de la imputación objetiva, pueden resultar en la mayoría de las veces sumamente equívocos, por lo que resultaría problemática la presencia de los mismos en los esquemas o elementos de la responsabilidad, concretamente en el relativo al de la causalidad.

Dicho lo anterior, la teoría de la causalidad jurídica se erige como aquella solución que busca complementar la vieja teoría de Von Buri, de manera tal que los resultados que se arrojen una vez efectuado el juicio de causalidad estén en consonancia con los principios y valores en que se funda el instituto de la responsabilidad civil. Tal como se ha estado señalando, el objeto de esta teoría ostenta como punto de partida la reducción de aquella potencialidad aplicativa desmesurada propia de las referidas teorías naturalistas, para con base en criterios y valores normativos imputar responsabilidad solo a aquellos hechos ilícitos previamente acreditados como “condicio sine qua non” que resulten relevantes para el derecho. Dicho de otro modo, se trata, pues, de una teoría que se concentra en la identificación de razones o criterios normativos que permitan restringir la infinita secuencia de causas generadoras del daño, para solo tener en consideración aquellas que a la luz del derecho resultan relevantes⁵⁰⁸.

Es indudable que al abordar la “questio iuris” se presupone el dato fáctico de la causalidad, es decir, la acreditación de las condiciones materiales que generan la producción del daño. No se trata, pues, de otorgarle solución a través de esta teoría a aquellos eventos etiológicos reales o materiales dudosos e inciertos, puesto que tal

⁵⁰⁷ MEDINA ALCOZ, Luis, *Teoría de la Pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*, op.cit. pp. 271 y ss. Atendiendo precisamente a la falta de uniformidad y claridad respecto de los criterios que integran la denominada teoría de la imputación objetiva, es interesante analizar cómo este autor parece otorgarle una connotación bastante particular a la teoría del incremento del riesgo, enfocándola más como un criterio en conexión con el relativo al del fin de protección de la norma; en donde este funciona como una subespecie de aquel, pues entiende que el criterio del fin de protección de la norma presupone la infracción de una norma específica o especial de cuidado, mientras que el criterio del incremento del riesgo resulta aplicable cuando lo que se infringe es un deber genérico de diligencia. Evidenciando su particular punto de vista, aduce: “La única diferencia, entonces, entre los dos criterios la encontramos en que si hay norma específica, se echa mano de su fin para decir que no se frustró por ese daño, mientras que si no la hay se acude al otro criterio, al genérico del (no) incremento del riesgo”. GARCÍA AMADO, Juan Antonio, op.cit. p. 128.

⁵⁰⁸ Pronunciándose en similares términos, aun cuando estableciendo una distinción a nuestro parecer errónea, entre los conceptos: condición y causa. MARTÍNEZ RAVE, Gilberto, op.cit. pp. 143-144.

situación o cuestión meramente natural obedece a la etapa previa a la “questio iuris”⁵⁰⁹. Por consiguiente, de presentarse este tipo de situaciones, en principio, ni siquiera resultaría procedente abordar la cuestión jurídica propia del juicio de causalidad, pues tal como se señaló anteriormente, pretender atribuir responsabilidades patrimoniales o resarcitorias al margen de la causación natural del daño desconocería la función en la que se fundamenta el instituto de la responsabilidad civil.

Es evidente, por tanto, que aquellas cuestiones que adquieren gran relevancia en el marco de las reclamaciones “wrongful birth” y “wrongful life” se plantean en el ámbito de la causalidad física, sin dejar de ser importante el relativo a la causalidad jurídica; en tal forma que la gran dificultad estriba en determinar si en efecto la conducta del agente, al no suministrar el diagnóstico respectivo o al menos al no suministrarlo correctamente, constituye condición material o real en la producción del daño, es decir, si funge como “condicio sine qua non” del daño reclamado. Tal dificultad no se predica, como lo hemos señalado reiteradamente, de todos los daños que en el marco de este estudio hemos analizado, sino solo respecto de aquellos que surgen con posterioridad al nacimiento.

Atendiendo a lo anteriormente esbozado, es preciso efectuar algunos análisis relativos a la prueba del hecho causal, de manera, pues, que sea posible ilustrar con mayor claridad que tal operación se lleva a cabo en el plano de los hechos (causalidad física) y no en el ámbito del derecho (causalidad jurídica). Se busca romper con el dogma que, al parecer, goza de gran asentamiento: solucionar a través de la teoría de la causalidad jurídica problemas etiológicos que se manifiestan en el marco de la causalidad fáctica. Es precisamente en este aspecto, en donde cobran significativa relevancia las reglas normativas de valoración probatoria, por lo que un análisis sobre tal cuestionamiento en el marco de este estudio resulta imprescindible.

5. LA PRUEBA DEL HECHO CAUSAL

5.1 La acreditación de la causalidad de hecho como un juicio que no se encuentra desprovisto de reglas normativas

El punto de partida sobre el cual hay que iniciar el estudio de la prueba del hecho de la causalidad es el de comenzar afirmando que cualquier juicio de valor que se efectué en torno a este asunto se ubica exclusivamente en el plano de los hechos, siendo necesario descartar cualquier tipo de intromisión de la causalidad jurídica en la apreciación de los factores físicos que fungan como condición material del daño.

El problema relativo a la existencia o no del nexo de causalidad entre el hecho lesivo y el daño por el cual se solicita reclamación no debe confundirse en ninguna medida con la cuestión relativa a si tal resultado dañoso puede ser imputado jurídicamente a quien fácticamente lo generó. Dicho de otro modo, constituyen dos operaciones totalmente distintas aun cuando complementarias y necesarias en el estudio de la causalidad, por un lado, el juicio de la asignación o rechazo de relevancia jurídica

⁵⁰⁹ Sobre esta cuestión, ver los comentarios de este autor quien diferencia de manera interesante la cuestión fáctica de la jurídica. Precizando además, que aun en la primera de ellas no es posible abstraerse de manera absoluta de reglas normativas. MEDINA ALCOZ, María, *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2003, p. 146.

de una conducta que constituye en efecto una condición material del daño y, por otro lado, el juicio previo que precisamente busca acreditar que tal conducta constituye o no una condición “sine qua non” del resultado dañoso.

Existiendo suficiente moción de ilustración respecto de esta cuestión, y enfocándonos un poco más en el ámbito de la valoración de los hechos que permiten la existencia de un juicio efectivo de causalidad, es preciso efectuar algunas consideraciones de interés. Aquella concepción relativa a abstraer de los juicios de causalidad física las distintas reglas de valoración o pautas normativas no resulta del todo acorde con la realidad, constituyendo a su vez, una de las razones que más inducen a confusiones respecto del ámbito propio de la causalidad de hecho y la de derecho⁵¹⁰. La actividad concerniente a determinar qué habría ocurrido de no haber mediado la conducta enjuiciada, no es más que un juicio de carácter normativo-valorativo, el cual naturalmente se encuentra sujeto a distintos criterios de racionalidad, que miden el grado de correspondencia con la realidad de la hipótesis de que el sujeto agente en efecto sea el causante del perjuicio. Así, aquella hipótesis relativa a que el profesional médico de no haber emitido un diagnóstico prenatal erróneo respecto del estado de salud del feto, se habría hecho efectiva la interrupción del embarazo evitando como consecuencia la proliferación de daños que derivan del nacimiento en condiciones graves de discapacidad; se verá sometida al escrutinio de estos criterios de racionalidad para verificar su grado de correspondencia con la verdad. De manera, pues, que si tal hipótesis o afirmación resulta cuanto menos inverosímil una vez contrastada con dichos criterios de valoración, no resultaría posible hablar de la conducta del profesional médico como una condición “sine qua non” en el curso de los acontecimientos que producen el acaecimiento del daño, generando de manera correlativa la imposibilidad de imputar responsabilidad al demandado.

El Derecho de daños no puede encontrarse al margen de la aplicación racional de estos juicios de causalidad naturalística, por lo que ante la total irrazonabilidad de las hipótesis planteadas no surge posibilidad alguna de atribuir responsabilidad patrimonial, en tal forma que se desconocería el principio funcional característico de esta rama del derecho: que los daños sean reparados por su verdadero causante. Es también predicable en estos asuntos, otros tipos de supuestos a los que luego nos referiremos, en donde las distintas hipótesis más allá que destacarse por su irrazonabilidad, plantean una cuestión de incertidumbre causal estricta. En estos eventos, no resultaría del todo adecuado y conforme con los principios en los que se fundamenta el Derecho de daños, sugerir el rechazo de imputación de responsabilidad resarcitoria, de modo que no se está partiendo de la base de que el hecho lesivo no generó el daño por el cual se reclama sino de que no se sabe en realidad si pudo haberlo hecho⁵¹¹.

En este estado de la cuestión, es de resaltar la existencia de algunas de las disciplinas jurídicas que aportan estos criterios y pautas normativas que permiten afirmar la etiología real o material. En efecto, la prueba de los hechos, desde la perspectiva de la concreta apreciación de su existencia, se encuentra sujeta al cumplimiento de determinadas pautas o criterios jurídicos de valoración impuestos por el derecho procesal, probatorio, así como por aquellas normas propias del sistema de responsabilidad civil.

⁵¹⁰ Resaltando que en el ámbito de la apreciación fáctica las reglas normativas adquieren significativa importancia. Ver. MARKESINIS, Basil Spyridonos, “The German Law of Torts. A Comparative Introduction”, *Clarendon Press Oxford*, 2ª edición, New York, 1990, p. 83

⁵¹¹ Coincidiendo con esta misma consideración. GASCÓN ABELLÁN, Marina, op.cit. pp. 211 y ss.

De esta manera, es claro que la existencia de criterios normativos en el análisis del juicio de causalidad no resulta exclusivo de la “questio iuris” sino que también es posible verificar la existencia de normas jurídicas de valoración llamadas a tenerse en cuenta en el marco de la “questio facti”; sin que por tal motivo sea posible confundir ambas cuestiones del estudio de la causalidad, ni mucho menos combinar las finalidades que se persigue en cada una de ellas.

Tal como se ha venido afirmando, tampoco resultaría acertado rechazar la vigencia de aquellas teorías que inicialmente surgieron en el ámbito de la causalidad física (“but for test”, teoría de la equivalencia de las condiciones), de modo que su empleo resulta no solo perfectamente viable, siempre y cuando no se aplique de manera exclusiva, sino también de gran utilidad en el marco del estudio de la causalidad natural⁵¹². Ahora bien, para acceder al dato fáctico de la causalidad no resulta suficiente la aplicación individual de tales teorías. Es necesario, pues, que se verifique en ellas la incorporación de aquellos criterios de racionalidad anteriormente referidos, no ya porque resulte necesario la existencia de criterios o valores que otorguen relevancia jurídica al hecho lesivo, toda vez que ello hace parte de la cuestión jurídica del estudio de la causalidad, sino porque para determinar si el mismo constituye condición material “sine qua non” es necesario atender a aquellos estándares probatorios que en cada ordenamiento constituyen el parámetro objetivo a partir del cual examinar la correspondencia de los hechos con la realidad. Así, la afirmación del hecho lesivo como condición material necesaria del daño debe encontrarse demostrada a partir del cumplimiento de las exigencias propias de dichos estándares probatorios.

Parámetros de exigencia probatoria (reglas de orden normativo) que pueden variar según los ordenamientos jurídicos de que se trate, aun cuando es posible afirmar cierta tendencia a seguir los lineamientos propios de la fórmula jurisprudencial norteamericana del “more probable than not”, en cuya virtud, suele considerarse suficiente para entender por demostrado cualquier enunciado fáctico una probabilidad mayor de su ocurrencia que aquella que rechaza tal posibilidad. Es decir, una probabilidad de ocurrencia superior al 50%, a efectos de concluir que dicho enunciado fáctico se adecua a la realidad. No obstante, en ordenamientos en donde el estándar probatorio exija la existencia de juicios de probabilidad cualificada es posible verificar mayores obstáculos en la acreditación del nexo etiológico, pues el rigor probatorio de los enunciados fácticos resulta más preponderante. De ahí que, sea posible encontrar no pocos casos en donde a pesar de ventilarse el mismo cuestionamiento en dos ordenamientos distintos, principalmente si obedecen a tradiciones jurídicas disímiles, como las relativas a las del “common law” y a las del derecho continental, se obtengan soluciones totalmente opuestas en lo referente al dato fáctico de la causalidad.

Tal como se ha podido observar, la acreditación formal de cualquier enunciado fáctico, así como la acreditación de los mismos como condición material necesaria en la cadena de acontecimientos (prueba del hecho de la causalidad), no pretende la prueba de certezas ni evidencias incontestables, pues de conformidad con lo que se señaló anteriormente resulta imposible alcanzar un conocimiento incontrovertible en el mundo de la experiencia; sino que consiste en efectuar los distintos juicios de valoración

⁵¹² GALÁN CORTÉS, Julio, *Responsabilidad civil médica*, op.cit. p. 377.

probatoria acerca de la probabilidad atribuible al enunciado fáctico enjuiciado, es decir, se parte de la acreditación de probabilidades mas no de certezas⁵¹³.

5.2 La aproximación probabilística como instrumento para acreditar el hecho de la causalidad

La prueba del hecho causal no es más que el juicio de verosimilitud de un enunciado fáctico, el cual se lleva a cabo con arreglo a aquellos criterios o pautas racionales que fundados en la probabilidad, garantizan que quien resulte condenado a reparar un perjuicio fue el que efectivamente (probabilidad suficiente) lo generó. Dicho de otro modo, tal juicio normativo apunta a que con suficiente grado de probabilidad el hecho lesivo fue el que en efecto desencadenó el acaecimiento del daño.

En definitiva, la prueba de la causalidad de hecho constituye una actividad que se fundamenta en la noción de probabilidad, en donde las posibles hipótesis causales resultan susceptibles de correlaciones estadísticas y que pueden ser más o menos razonables de conformidad con las circunstancias concretas del caso. Así, pues, la utilización de los criterios o reglas racionales de valoración fundamentadas en las reglas propias del cálculo probabilístico permitirán elegir aquella hipótesis causal que epistemológica y cognoscitivamente resulte en la medida de lo posible más adecuada. Se puede observar cómo lo que en efecto se lleva a cabo es una reconstrucción *a posteriori* de los hechos bajo la realización de un juicio de verosimilitud sobre lo que pudo haber acaecido en el mundo del ser. Juicio probabilístico que realmente se perfila como el instrumento idóneo a través del cual se busca acceder al dato fáctico de la causalidad. Basta con acreditar el grado de probabilidad suficiente para entender por demostrado el hecho de la causalidad, es decir, lo que se busca en último término es que tal juicio de verosimilitud alcance el umbral de suficiencia exigido para entender dicho enunciado fáctico como formalmente cierto⁵¹⁴.

5.3 La regla de la probabilidad preponderante como alternativa fundamental para determinar el umbral de certidumbre o estándar de probabilidad. La regla de la probabilidad suficiente

Partiendo de la idea de que la afirmación del hecho de la causalidad no es más que la aproximación probabilística a la verdad de los hechos, es preciso determinar cuál es ese umbral que permite fijar formalmente tal enunciado fáctico como verdadero. El grado de probabilidad exigible para entender por demostrado formalmente cualquier

⁵¹³ Afirmando que probar cualquier hecho en general, así como el hecho causal en particular, no es más que una cuestión de probabilidad. GASCÓN ABELLÁN, Marina, "Prueba de la causalidad en pleitos de daños y pérdida de oportunidad", op.cit. p. 202; "La oportunidad perdida, responsabilidad, causalidad, probabilidad. A propósito de algunas tesis de Luis Medina Alcoz", *Teoría & Derecho Revista del Pensamiento Jurídico*, No. 6, diciembre, 2009, p.193. Siguiendo la misma línea, aunque de manera más tímida. RUDA GONZÁLEZ, Albert, "Entre todo y nada. Una visión crítica de la responsabilidad por cuota de mercado", *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguros*, No. 5, 2003, p. 13.

⁵¹⁴ En los mismos términos se manifiesta este autor cuando señala: "Podría afirmarse, por tanto, que la prueba de la causalidad nunca es total, o al menos habitualmente así sucede, en tal forma que la prueba se reduce invariablemente a una probabilidad más o menos grande, a una verosimilitud más o menos acusada". GALÁN CORTÉS, Julio, *Responsabilidad civil médica*, op.cit. p. 391.

hecho depende en gran medida de la cultura jurídica de los distintos países, así como de las normas jurídicas en las que se fundamenta el instituto de la responsabilidad civil. Ello permite la identificación de distintos parámetros de persuasión o de estándares probatorios que influyen de manera significativa en la convicción de quien lleva a cabo el “juicio de aceptabilidad”.

En este estado de la cuestión, surgen fórmulas jurisprudenciales de significativa importancia que han optado por ir solventando la dificultad atinente a determinar ese umbral de probabilidad que se estima exigible para entender por demostrado el hecho causal. La regla anglosajona del “more probable than not” efectúa un balance de probabilidades con base en el cual decide el juicio de causalidad física, de modo que si la probabilidad de que la conducta del agente infractor constituya condición material “sine qua non” en la producción del perjuicio es superior al 50% se entenderá probado el hecho causal⁵¹⁵. El criterio de la certeza en cuanto a la acreditación del nexo etiológico es claramente sustituido por el de la mayor probabilidad. De igual forma, es de destacar la jurisprudencia inglesa en donde también se sigue con gran regularidad este criterio de la mayor probabilidad, de manera tal que si de la realización del “balance of probabilities” no se llega a la conclusión de que es más probable que la conducta del agente infractor haya constituido condición material “sine qua non” en la producción del daño que la hipótesis causal contraria, se debe descalificar cualquier intento de atribuir la causación del daño al demandado.

No obstante, es posible identificar en el marco de esta cuestión cómo surge una regla paralela a la del “more probable than not”, la cual opta por reconocer la acreditación de etiologías reales o materiales sobre la base de aproximaciones probabilísticas, pero intensifica significativamente el grado de probabilidad exigible, “la regla europea de la alta probabilidad”. En consecuencia, no se parte de la idea relativa a que resulta suficiente para acreditar la etiología real o material con que se acredite como mínimo un 51% de probabilidades de que el enunciado fáctico en cuestión sea “condicio sine qua non”, sino de que dicho porcentaje probabilístico debe resultar aún más preponderante para tal efecto. Así, es posible estimar la exigencia de dicho porcentaje a partir de un setenta y cinco por ciento (75 %) de probabilidades para entender acreditado el hecho de la causalidad. Es de aclarar que tal situación no suele evidenciarse en términos porcentuales tal como se está señalando aquí, de hecho, gran sector de la doctrina y la jurisprudencia europea son en cierta medida reacios a plasmar estos estándares de convicción en formulas porcentuales⁵¹⁶. Sin embargo, esto no constituye, pues, un impedimento para señalar que existe tal intensificación en la exigencia de aquel umbral y en donde ya la cuestión para entender acreditado el hecho causal no versa en determinar si la hipótesis causal tiene más probabilidades de haber ocurrido que de no haber sido así, sino en que resulte altamente probable que la conducta enjuiciada constituya condición material fundamental en la producción del daño.

⁵¹⁵ Sobre esta cuestión, ver. LUNA YERGA, Álvaro, op.cit. pp. 407-421; RUDA GONZÁLEZ, Albert, op.cit. p. 13.

⁵¹⁶ No obstante algunos autores van más allá, pues colocan de manifiesto que tanto en la experiencia española como europea en general, no se lleva a cabo o no se efectúa de manera clara, un análisis como tal sobre la existencia de estos estándares de convicción. GÓMEZ POMAR, Fernando, “Carga de la prueba y responsabilidad objetiva”, *Revista para el análisis del Derecho – Indret*, Universitat Pompeu Fabra, 1/2001, p.5.

En Colombia al igual que en el marco del ordenamiento jurídico español no se ha realizado un estudio profundo respecto de cuál debe ser aquel dintel de certidumbre que en el ámbito propio del Derecho de daños funja como parámetro a partir del cual deba entenderse por acreditado el hecho causal⁵¹⁷. Es notable lo común que resulta, principalmente en los sistemas jurídicos de derecho continental, hablar de certezas absolutas o probabilidades rayanas en ella como el parámetro objetivo para determinar la existencia del nexo etiológico. Sin embargo, sería equívoco entender tales referencias como aquella exigencia incondicional de acceder al conocimiento incontrovertible propio del mundo del ser. Pueden existir infinitudes de razones que expliquen el por qué de esta costumbre a resistirse a llamar las cosas por su nombre, lo que sí es cierto, es que a pesar de esta idea de pretender demostrar certezas absolutas, que en mi opinión resultan ilusorias; es claro que en la gran mayoría de supuestos, principalmente aquellos relativos a la responsabilidad médico-hospitalaria, que son los que en mayor medida nos interesan, se estiman acreditados nexos etiológicos imponiendo como consecuencia las condenas correspondientes. Eventos en donde es evidente que no existe certeza en cuanto a la ocurrencia del hecho causal, aun cuando sí la existencia de probabilidades que resultan “suficientes” a la luz de la lógica, la experiencia y el buen sentido. Aproximaciones probabilísticas cuyo dintel de suficiencia resulta cuanto menos variable tanto en los tribunales españoles como en los colombianos, pues es posible identificar pronunciamientos en donde al parecer se hace uso de parámetros rigurosos de persuasión exigiendo un nivel probabilístico francamente inconcebible, mientras que también es posible identificar fallos en los que parece tomarse conciencia de que “en la tierra la verdad es siempre una cuestión de grado”. En consecuencia, aun cuando se sigue dando por acreditada la certeza en cuanto a la ocurrencia del hecho causal, es evidente que lo que operan son los clásicos criterios de la fórmula jurisprudencial angloamericana: “more probable than not” o lo que nos parece más adecuado, la exigencia de un dintel de certidumbre preponderante que aunque no sería posible identificarlo con el de la jurisprudencia norteamericana (el de la mayor probabilidad) sí resulta menos riguroso que el de la “muy alta probabilidad”. Sea como fuere, creo que resulta conveniente superar la utilización de estos eufemismos, y empezar a afirmar más determinadamente aquel carácter irreducible de probabilidad que se encuentra presente en cualquier juicio de causalidad física.

En este estado de la cuestión, resulta, pues, totalmente recomendable definir en la medida de lo posible aquel dintel de certidumbre a partir del cual se deban entender por acreditadas dichas aproximaciones probabilísticas respecto de la ocurrencia del hecho causal. La excesiva discrecionalidad que en el marco de esta cuestión se manifiesta afecta no solo el principio de reparación integral, pilar fundamental en el instituto de la responsabilidad civil, sino también la seguridad jurídica, de modo que la aplicación de dichos parámetros o estándares de persuasión dependen en gran medida de los jueces o funcionarios a los que se someta este tipo de asuntos.

En términos generales, lo más adecuado sería que la práctica procesal se adaptara definitivamente a un parámetro de persuasión o estándar probatorio que resulte intermedio entre el instaurado por el sistema angloamericano y el propugnado por el sistema europeo continental, de manera tal que en la apreciación conjunta de los elementos probatorios de conformidad con las reglas de la lógica, la experiencia y la

⁵¹⁷ Sin embargo, es posible encontrar algunos estudios que al respecto se han realizado a efectos de darle solución a esta problemática. Ver. GASCÓN ABELLÁN, Marina, “Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos”, *Revista DOXA*, No. 28, 2005, pp. 127-139.

ciencia (sana crítica), este dintel de certidumbre sea el que se estime como suficiente para entender por demostrado el hecho causal. Dicho de otro modo, no basta con el criterio de la mayor probabilidad, sino que en efecto la probabilidad de que el hecho lesivo sea “condicio sine qua non” en la producción del daño debe ser realmente preponderante sin que ello signifique la exigibilidad de un parámetro de convicción excesivamente riguroso como es el que resultaría de exigir altas probabilidades casi rayanas en la certeza (75-100%). Traduciendo tal situación en términos porcentuales, identificamos tal probabilidad preponderante o cualificada (estándar de persuasión) en aquella cuyo porcentaje de correspondencia con la verdad de los hechos parte aproximadamente desde un 60%, por lo que es este el umbral o dintel de certidumbre que debe resultar exigible para determinar de manera definitiva el dato fáctico de la causalidad. En este sentido, resulta interesante destacar los señalamientos del profesor Medina Alcoz, quien sobre esta cuestión también expresa su conformidad respecto de la necesidad de desintensificar aquel riguroso parámetro de persuasión, aun cuando se inclina por aplicar los postulados teóricos propios de la fórmula del “more probable than not”. Destacando que ello debe de ser así, en tanto que ante un conflicto interindividual entre dos sujetos que se encuentran en pie de igualdad como sucede con el agente infractor y la víctima, no existen razones jurídicas para privilegiar la situación del primero en perjuicio del segundo⁵¹⁸, que es justamente lo que sucedería si resulta exigible un parámetro riguroso de persuasión o aquellos que se identifican con la acreditación de la certeza absoluta.

No es de olvidar que la función primordial del instituto de la responsabilidad resarcitoria hace referencia a trasladar el coste del daño o perjuicio del patrimonio de la víctima al de quien lo causa y no al de quien no lo causó (función resarcitoria). Sin embargo, ello no implica que se deban ignorar todas aquellas dificultades inherentes a la prueba de la causa natural o real y de que se exija por tanto el acceso al conocimiento incontrovertible que permita identificar con certeza todos los acontecimientos propios del mundo del ser. De hecho, tal como se comentó en su momento, los estándares probatorios no son más que reglas normativas que se edifican sobre la base de los objetivos sociales que cada institución jurídica persigue, por lo que dada la función resarcitoria que caracteriza al Derecho de daños, el umbral o dintel de certidumbre en cuanto a la acreditación del hecho causal resulta menos riguroso que el que se podría presentar, por colocar un ejemplo, en el marco del Derecho penal (función punitiva).

Distinta situación se manifiesta, naturalmente, en esta concreta rama del derecho, específicamente, por la existencia de dos razones fundamentales: por un lado, porque el contexto de igualdad que se manifiesta en el marco del Derecho de daños entre el agente infractor y la víctima no se manifiesta en el ámbito del Derecho penal, pues en este es el Estado quien toma parte en el asunto con la intención deliberada de que se imponga una pena y, por otra parte, por cuanto como resultado de tal juicio de causalidad física pueden verse gravemente comprometidos derechos fundamentales del ser humano, como en efecto podría suceder con la imposición de penas privativas de la libertad. Así pues, en el ámbito propio de esta rama del derecho estas razones resultan ampliamente suficientes para entender el por qué resulta razonable exigir un estándar riguroso o parámetro de persuasión estricto en cuanto al estudio de la causalidad fáctica. Es decir, surgen motivos de peso que harían irrazonable pretender disminuir dicho parámetro de convicción en cuanto a la apreciación de los hechos. Argumentos que también son

⁵¹⁸ MEDINA ALCOZ, Luis, “La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Régimen General y Especialidades”, op.cit. p. 25

puestos de manifiestos en la jurisprudencia penal norteamericana bajo la máxima “beyond any reasonable doubt”.

No resultaría acertado entender que lo que aquí se intenta precisar resulta por completo ajeno a la práctica jurisprudencial, principalmente si atendemos a las reclamaciones de responsabilidad que en el marco de este trabajo estamos estudiando, en donde es posible que se evidencien cursos causales difíciles de ser verificados científico-naturalmente. En el marco de la responsabilidad médica en general y en el de las reclamaciones “wrongful birth” y “wrongful life” en específico, es posible encontrar un sin número de fallos en donde aun cuando se suele hablar de la obtención de certezas o de la alta probabilidad en la acreditación del hecho causal, resulta indudable que ni existe tal certeza ni se podría afirmar tan parsimoniosamente que existe una probabilidad exacerbada. Por el contrario, es posible identificar que el hecho causal se entiende por demostrado a partir de aproximaciones probabilísticas que no resultan altamente probables, pero que en efecto gozan de una verosimilitud preponderante. Así como algunos otros, que aun cuando no lo manifiestan expresamente es posible determinar que se da por acreditado el hecho causal a partir de la realización de juicios de verosimilitud fundamentados en el criterio de la mayor probabilidad (“more probable than not”).

Algunos ejemplos que se relacionan directamente con el tema que nos ocupa los podemos encontrar en España en variadas sentencias del Tribunal Supremo, en donde al efectuar el juicio de causalidad física se da por demostrado formalmente que la conducta de la demandante de haber recibido un diagnóstico prenatal correcto habría procedido a dar por terminado el proceso de gestación, por lo que se entiende que la actuación del demandado constituye condición material “sine qua non” en la producción del daño, es decir, se entiende acreditada la existencia del nexo etiológico entre la actuación del demandado y los perjuicios ocasionados⁵¹⁹.

En resumen, entendemos que la regla del “more probable than not” no refleja realmente la existencia de una probabilidad preponderante o cualificada sino el de “la mayor probabilidad”, la cual por su escasa diferencia respecto de aquellas hipótesis causales que se le contraponen no estimamos adecuado a partir de las mismas dar por determinado el dato fáctico de la causalidad. Se trata de un ámbito en el que es posible hablar más que todo de incertidumbres causales estrictas que de probabilidades preponderantes o cualificadas que sugieran dar por demostrado el nexo etiológico.

⁵¹⁹ STS, Sala Primera, de 21 de diciembre de 2005, 10149/2005; STS, Sala Primera, de 31 de mayo de 2011, 3556/2011; STS, Sala Primera, de 14 de marzo de 2013, 1136/2013. Particularmente, esta última sentencia deja mucho que desear en cuanto al estudio del juicio de la causalidad física, pues da por acreditado el mismo aun cuando resulta cuanto menos dudoso que la conducta enjuiciada del profesional de la salud (especialmente en cuanto a las tres últimas ecografías) haya constituido condición material “sine qua non” en la producción de algunos de los daños reclamados. Por su parte, en la jurisprudencia contencioso-administrativa. Véase. STS, Sala Tercera, de 14 de marzo de 2007, 1540/2007, en donde el Tribunal Supremo entiende que la carga de probar, qué habría hecho la gestante de haberse recibido un diagnóstico correcto le corresponde a la Administración, por lo que encuentra acreditado el nexo de causalidad; STS, Sala Tercera, de 27 de junio de 2007, Rec. Cas. 4747/2003; STS, Sala Tercera, de 4 de noviembre de 2008, 5860/2008. Respecto de esta última sentencia el estudio en lo referente al dato fáctico de la causalidad sigue caracterizándose por la falta de consistencia argumentativa, aun cuando declara expresamente acreditada la existencia del nexo etiológico. Al respecto señala: “existe nexo causal entre la omisión de la prueba de detección prenatal del síndrome de Down y el daño, tanto moral como económico, experimentado por la recurrida”.

Tal grado de probabilidad realmente preponderante o cualificada resulta de aquellos juicios de verosimilitud que, atendiendo a las circunstancias propias del caso, así como a los demás elementos probatorios que lo fundamenten, gozan de una probabilidad razonable de corresponderse con el mundo del ser. Criterio de razonabilidad que tal como lo hemos señalado resulta conveniente traducirlo en términos porcentuales a efectos de un mayor entendimiento de lo que aquí se trata de exponer, y que corresponde a un porcentaje de probabilidad que parte aproximadamente desde un sesenta por ciento (60%). Tal solución es la que en el marco del estudio de la causalidad física constituye, a mi juicio, la alternativa más adecuada, pues de todos aquellos criterios de aproximación probabilística este es el que se acoge de mejor manera a aquellos objetivos sociales que persigue la institución de la responsabilidad civil. Así mismo, a través de la evaluación respecto de la razonabilidad de estas probabilidades no se está privilegiando la posición del agente infractor en detrimento de la víctima, que es lo que ocurriría si aun existiendo una probabilidad preponderante del 60-74% de que la conducta enjuiciada haya constituido condición material fundamental en la producción del daño, la misma no resultara suficiente para entender demostrada la causalidad fáctica. Es decir, se entenderá acreditada la causalidad real o material entre el hecho lesivo y el daño cuando la probabilidad de que el agente infractor haya generado el daño resulte razonable. De manera, pues, que si la probabilidad de que el hecho lesivo haya constituido condición material “sine qua non” en la producción del perjuicio es de solo el 14%, se tendrá por demostrado que no existe relación causal, por lo que no habrá lugar a ningún tipo de condena por la causación del daño.

No obstante, es importante hacer referencia a aquellos eventos en donde una vez efectuada la apreciación conjunta de los elementos probatorios no es posible alcanzar aún ese grado de probabilidad suficiente para entender acreditado el nexo etiológico, pero que sin embargo, la probabilidad atribuible al hecho causal hipotético no deja de ser seria y real. Es decir, no es posible determinar la existencia de una certidumbre causal, en tal forma que es tan seria y real la probabilidad de que el hecho lesivo haya podido constituir condición material “sine qua non” en la producción del daño como la probabilidad de que no haya sido así. Tales eventos pueden ser precisamente cuando el grado de probabilidad de que el hecho lesivo haya constituido condición fundamental del daño oscila entre un 41-59%. En estos casos, el porcentaje de probabilidad del enunciado fáctico sin llegar a entenderse razonable en lo referente a su correspondencia con la verdad, no puede dejar de ser tenido en cuenta por el derecho como sucedería si se procede automáticamente a entender que no existe nexo causal entre el hecho lesivo y el perjuicio por el cual se reclama. Por el contrario, se tratan de supuestos en los que no se podría afirmar o rechazar la existencia de un nexo etiológico, por cuanto no existe el nivel de certidumbre necesario para acceder formalmente al dato fáctico de la causalidad⁵²⁰.

Este estado de la cuestión, revela la existencia de auténticas incertidumbres causales estrictas, es decir, nos encontramos hablando de cursos causales que no son susceptibles de verificación científico-natural. Ante el desacierto que supondría dejar de otorgarles relevancia causal, pues se tratan de hipótesis cuyo grado de correspondencia con la verdad de los hechos resulta serio y real, la teoría de la pérdida de la oportunidad

⁵²⁰ GASCÓN ABELLÁN, Marina, “Prueba de la causalidad en pleitos de daños y pérdida de oportunidad”, op.cit. pp. 210-211; “La oportunidad perdida, responsabilidad, causalidad, probabilidad. A propósito de algunas tesis de Luis Medina Alcoz”, op.cit. pp. 193-194.

o también conocida como la teoría de la causalidad probabilística podría constituir una alternativa fundamental en este sentido.

6. LA DOCTRINA DE LA PÉRDIDA DE LA “CHANCE” O TEORÍA DE LA CAUSALIDAD PROBABILÍSTICA COMO ALTERNATIVA IDÓNEA EN EL MARCO DE LOS SUPUESTOS DE “INCERTIDUMBRE CAUSAL ESTRICTA”

Resulta fundamental efectuar algunas precisiones de interés en torno a la doctrina de la pérdida de la oportunidad, principalmente en lo referente a las bases conceptuales de la misma y a la función específica que esta ha de tener en el estudio de los elementos de la responsabilidad civil. Cuestión que incluso en la actualidad no goza de gran claridad, en parte debido a la existencia de teorías alternativas que se han propugnado a efectos de evitar chocar con los postulados generales de la teoría clásica de la causalidad, tratando de identificar tal doctrina como aquella que está llamada a enfocarse en el estudio del elemento del daño y no en el de la causalidad⁵²¹. Ello, sin duda, ha colaborado a que no resulte extraño que dicha teoría se haya venido aplicando de manera inadecuada y equívoca tanto por sectores de la doctrina como por no pocos tribunales judiciales⁵²², contribuyendo en mayor medida a desenfocar la razón de ser de esta

⁵²¹Es posible identificar incluso en la doctrina internacional, un sin número de autores que intentan hacer compatible la doctrina de la pérdida de la “chance” con la teoría tradicional de la causalidad; por lo que con base en el uso de teorías ontológicas se ha intentado abordar la cuestión. En la doctrina estadounidense, Ver. BRENNWALD, Stephen, “Proving causation in “loss of a chance” cases: a proportional approach”, *Catholic Univ. L. Rev.*, No. 34, 1985, p. 752; FELDMANN, Howard Ross, “Chances as protected interests: recovery for the loss of a chance and increased risk”, *Univ. Baltimore, L. Rev.* num. 17, 1987, pp. 148 y ss; MANGAN, Margaret, “The loss of chance doctrine: a small price to pay for human life”, *South Dakota L. Rev.* num. 42, 1997, p. 324. Por su parte en la doctrina francesa, coincidiendo también con esta línea argumentativa. Ver. BÉNABENT, Alain, *La chance et le droit*, LGDJ, Paris, 1973; CHABAS, François, “La perdita di “chance” nel diritto francese della responsabilità civile”, *Resp. civ. previd*, 1996, p. 228.

⁵²²Es este precisamente el fenómeno que se manifiesta en nuestro ordenamiento jurídico. En lo que concierne al tratamiento que la jurisprudencia le ha desplegado a esta doctrina, particularmente la jurisprudencia contencioso-administrativa, es de resaltar que el Consejo de Estado colombiano a partir de sus recientes pronunciamientos parece ir adaptando la aplicación de esta doctrina pero yendo más en la vía de aquellas doctrinas autonomistas u ontológicas. Es decir, aplica la teoría de la pérdida de la oportunidad como una teoría de identificación del daño que resulta aplicable en aquellos eventos de incertidumbre causal, pero que desde ningún punto de vista la misma está llamada a enfocarse en el estudio de la causalidad. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Tercera, Expediente No. 10755, de 26 de abril de 1999, C.P. Ricardo Hoyos Duque; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Tercera, Expediente No. 12548, de 15 de junio de 2000, C.P. María Elena Giraldo Gómez; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Tercera, Expediente No. 15725, de 26 de marzo de 2008, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Por su parte, la jurisprudencia civil parece ir en la misma línea. Ver. Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Expediente No. 17042310300120050010301, de 9 de septiembre de 2010, M.P. William Namen Vargas. En lo que respecta a la doctrina colombiana, podría señalarse que en términos generales se sigue un criterio similar. En la misma vía parece alinearse este autor, en tal forma que señala que es precisamente “la pérdida de la oportunidad de obtener un beneficio o de evitar un daño” lo que genera la responsabilidad del causante. TAMAYO JARAMILLO, Javier, *Tratado de Responsabilidad civil*, Tomo I, op.cit. pp. 286-287; *Tratado de responsabilidad civil*, Tomo II, op.cit. p. 357. En el mismo sentido. PARRA GUZMÁN, Mario, op.cit. p. 82; TAMAYO LOMBANA, Alberto, op.cit. pp. 63-64; VELÁSQUEZ POSADA, Obdulio, op.cit. p.237; YEPEZ RESTREPO, Sergio, op.cit. p. 208. No obstante lo anterior, es posible encontrar a título residual voces autorizadas en nuestra literatura jurídica que sobre esta cuestión plantean posiciones argumentativas que se asemejan a la ilustrada en este estudio. Al respecto. Ver. GIL BOTERO, Enrique, *Responsabilidad Extracontractual del Estado*, Temis S.A, 6ª edición, Bogotá, 2013, pp. 586-600.

doctrina que se encuentra llamada a operar en el elemento de la causalidad mas no en el del daño.

La doctrina de la “chance” no ya desde la perspectiva a la que con anterioridad se había hecho referencia (Teorías ontológicas o autonomistas que fundamentan el daño en la oportunidad perdida) sino como aquella doctrina que lleva intrínseca la regla de la responsabilidad probabilística, es la técnica que está llamada a aplicarse para hacer frente a la dificultades de orden epistemológico que en el marco de los cursos causales se llevan a cabo (incertidumbres causales estrictas). El problema real en estos asuntos no versa en la pérdida de un bien independiente, sea de orden patrimonial o inmaterial (la oportunidad perdida), sino en la ausencia de datos y elementos probatorios que resulten suficientes para acceder de manera valida al dato fáctico de la causalidad. Los daños que en el marco de esta doctrina deben ser indemnizados no son aquellos daños “ad hoc” que surgen intempestivamente como consecuencia de la dificultad de acreditar un nexo causal, son precisamente aquellos perjuicios cuyo nexo etiológico resulta complicado de determinar, es decir, aquellos perjuicios que finalmente padece la víctima, pero que en virtud de los datos informativos disponibles, no resulta posible determinar con suficiencia que los mismos se haya llevado a cabo a causa del hecho lesivo.

Ahora bien, mientras que la teoría clásica de la causalidad afirma o rechaza la existencia de un nexo etiológico entre el hecho lesivo y el daño en la medida en que se logre alcanzar o no aquel umbral de certidumbre o estándar probatorio, la teoría de la causalidad parcial o probabilística, que ha sido objeto de aplicabilidad en la mayoría de los ordenamientos jurídicos de la actualidad en algunos supuestos específicos, aprecia causalidades parciales de conformidad con su cuota de probabilidad. En el seno de esta última teoría se encuentra la doctrina de la “chance” cuya regla de responsabilidad probabilística que le es inherente constituye un sistema alternativo de imputación causal que, en hipótesis de incertidumbres etiológicas estrictas, afirma causalidades parciales o probabilísticas, de manera tal que se reconozcan indemnizaciones proporcionales que computen la posibilidad de que el hecho lesivo no haya generado en realidad el menoscabo⁵²³. Dicho de otro modo, nos encontramos ante una teoría cuya aplicación nos ubica en el marco de la teoría de la causalidad parcial o probabilística que afirma la existencia de un nexo causal que en ninguna medida resulta absoluto o total, pero sí relativo o probable⁵²⁴.

Así, pues, el fundamento de la teoría de la “chance” se halla en el quebrantamiento del dogma de la indivisibilidad de la causa, el cual también es puesto en tela de juicio en aquellos eventos de concurrencia de causas, responsabilidad por causa

⁵²³MEDINA ALCOZ, Luis, *Teoría de la Pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*, op.cit. p. 413.

⁵²⁴ Es de resaltar importantes exponentes de esta línea argumentativa. En la doctrina francesa. BORE, Jacques “L’indemnisation pour les chances perdues: une forme d’appréciation quantitative de la causalité d’un fait dommageable”, *JCP*, 1974, I 2620, 46 aps. En norteamérica. MAKDISI, John, “Proportional Liability: A comprehensive rule to apportion tort damages based on probability”, *North Carolina Law Review*, No. 67, 1989, p. 1063-1101. En la doctrina española. MEDINA ALCOZ, Luis, *Teoría de la Pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*, op.cit. pp. 413-425; “Mitos y ficciones en la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. A propósito de la STS, Sala 3ª, de 27 de septiembre de 2011”, op.cit. pp.172-178; “La responsabilidad proporcional como respuesta a la incertidumbre causal: ¿Problema de daño, de causa o de prueba? A propósito de las observaciones de Marina Gascón Abellán”, *Teoría & Derecho Revista del Pensamiento Jurídico*, No. 6, diciembre, 2009, pp. 203-219.

anónima⁵²⁵ o aquellos casos en que tiene lugar la aplicación de la teoría de la responsabilidad por cuota de mercado⁵²⁶. Sea como fuere, a través de la aplicación de esta doctrina se logra superar la tradicional concepción científica o “newtoniana” de la causalidad, para darle aplicabilidad también al sistema de la causalidad parcial. Se considera así, por tanto, que de la misma manera que la causalidad debidamente demostrada -según los lineamientos teóricos propios de la teoría clásica de la causalidad- conlleva a la imputación de responsabilidades totales o absolutas, aquellas causalidades parciales o probables también son susceptibles de generar responsabilidades parciales o proporcionales.

La cuestión relativa a la dificultad en cuanto a la acreditación del nexo causal es abordada por quienes defienden la aplicabilidad de la doctrina de la “chance” desde esta perspectiva, de manera directa y, a mi modo de ver, de forma muy eficiente. A diferencia de lo que sucede con aquellas teorías autonomistas que a través de “ficciones o estratagemas jurídicas” inventan la existencia de un perjuicio *sui generis*, de manera tal que sea posible otorgar indemnización a la víctima evitando a toda costa cualquier choque frontal respecto de la teoría clásica de la causalidad. Es evidente, pues, que en estos casos esa necesidad de otorgar reparación a la víctima nace de la afectación a la sensibilidad de justicia, no ya por que se considere realmente que la oportunidad perdida constituya un perjuicio de entidad suficiente para adquirir relevancia frente al derecho, sino porque según los lineamientos propios de la teoría clásica de la causalidad, aquellas dificultades de cualquier índole que puedan surgir en cuanto a la acreditación del nexo etiológico deben necesariamente ser asumidas por la víctima, de modo que si no se acredita un grado de probabilidad suficiente de que el hecho lesivo haya constituido condición material *sine qua non* en la producción del daño, no podrá haber lugar a reparación⁵²⁷.

Así, en términos claros, la doctrina de la “chance” no es más que una teoría que establece, para los casos en los cuales resulta aplicable, una regla de responsabilidad proporcional o probabilística en virtud de la cual el demandado es condenado a indemnizar a la víctima no por el daño causado, pues a ciencia cierta no es posible demostrar si este se ha generado como consecuencia de su actuar, pero sí por el daño que posiblemente causó⁵²⁸. Esta doctrina en realidad lo que está haciendo es alterar la teoría

⁵²⁵ Analizando este tipo de supuestos. Ver. Ibid. MEDINA ALCOZ, Luis, *Teoría de la Pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*, op.cit. pp. 115-120; MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Estudios sobre Responsabilidad por Daños*, Rubinzal-Culzoni, Tomo II, Santa Fe (Argentina), 1989, pp. 305-315; TAMAYO JARAMILLO, Javier, *Tratado de Responsabilidad civil*, Tomo I, op.cit. pp. 269 y ss.

⁵²⁶ Sobre esta cuestión. Ver. RUDA GONZÁLEZ, Albert, op.cit. pp. 13-29.

⁵²⁷ GASCÓN ABELLÁN, Marina, “Prueba de la causalidad en pleitos de daños y pérdida de oportunidad”, op.cit. p. 211; “La oportunidad perdida, responsabilidad, causalidad, probabilidad. A propósito de algunas tesis de Luis Medina Alcoz”, op.cit. pp. 193-194.

⁵²⁸ Muy en la línea de lo aquí señalado se manifiesta este autor, quien al respecto señala: “Con esa perspectiva, me aparto de algún sector de la doctrina extranjera y de la jurisprudencia nacional, porque la teoría de la oportunidad perdida tiene su origen en el sistema de derecho anglosajón, con el aporte efectuado por el profesor Joseph King Jr. (...) al señalar que la teoría de la pérdida de la oportunidad se fundamenta en la causalidad probabilística, lo que ha sido aceptado por la doctrina autorizada (...) En esa línea de pensamiento, en estos casos, ante la incertidumbre e imposibilidad de atribuir al ciento por ciento del daño irrogado, corresponderá al juez apoyarse en las pruebas científicas para que, a partir de ellas, se determine el porcentaje en que se le restó oportunidades de salvación a la persona y, con fundamento en esos márgenes porcentuales, establecer el monto de la indemnización”. GIL BOTERO, Enrique, op.cit. p. 599.

tradicional de la causalidad, al igual que sucede con la teoría de la concurrencia de causas, en donde no se parte de la regla de la indivisibilidad de la causa sino desde una concepción ideal de la misma, lo cual facilita su fraccionabilidad y, por tanto, la imposición de condenas fijadas en la medida de la respectiva cuota de responsabilidad (causalidad parcial o cumulativa). Tal alteración se manifiesta, pues, como la respuesta más adecuada al problema de la incertidumbre causal, en donde la probabilidad ya deja de ser el instrumento a partir del cual se deba obtener la acreditación del nexo etiológico, para constituir el objeto mismo de la prueba. Se trata, en general, de una teoría que afirma la existencia de un nexo causal, solo que este hace referencia a una causa probable (probabilidad no suficiente pero seria y real) mas no absoluta.

Es importante hacer claridad que la teoría de la causalidad parcial o probabilística no pretende bajo ningún punto de vista sustituir siempre y en todo caso el sistema de imputación causal que se postula a partir de la teoría clásica de la causalidad. Por el contrario, esta funge como una alternativa adecuada que propone soluciones resarcitorias en supuestos de incertidumbre causal en donde la teoría general de la causalidad no es capaz de resolver razonablemente tal problemática, de modo que la única solución posible pasa por rechazar cualquier tipo de indemnización a la víctima. Son precisamente estas consideraciones las que constituyen el punto de partida de la teoría de la pérdida de la oportunidad, con el matiz de que las incertidumbres causales que en el marco de ella se presentan atienden no ya a la incidencia causal de factores no atribuibles al sujeto agente (teoría de la concurrencia de causas), sino a la posibilidad de que este no haya generado el perjuicio (causalidad probabilística propiamente dicha). Por consiguiente, esta teoría no resultaría aplicable en aquellos eventos en donde las probabilidades de ocurrencia del hecho causal resulten insignificantes o preponderantes, pues en tales casos no podría hablarse de incertidumbres causales estrictas. Este modelo de imputación causal alternativo solo resultaría aplicable en aquellos supuestos en donde no exista suficiente calidad epistemológica respecto de los antecedentes causales que integran el curso causal de los acontecimientos.

La importancia que podría ostentar la doctrina de la “chance” en el marco de las demandas “wrongful birth” y “wrongful life” resulta considerable, en tal forma que el marco de aplicación de la misma puede coincidir justamente con la problemática que enfrentan estas reclamaciones de responsabilidad, en lo referente al juicio de causalidad física respecto de aquellos daños que surgen con posterioridad a la decisión de procrear o interrumpir voluntariamente el embarazo. Dicho de otro modo, en el ámbito de estas demandas de responsabilidad es posible que se evidencien auténticas incertidumbres causales estrictas, en las que aun habiendo efectuado aquellos juicios probabilísticos de conformidad con los criterios y reglas de valoración probatoria, no resulta posible hablar de juicios de verosimilitud que alcanzan aquel dintel o umbral de certidumbre que permita hablar de probabilidades razonables y, por tanto, acreditar formalmente la existencia de un nexo causal. La cuestión en cualquier caso, apuntaría a si tal regla de causalidad probabilística resultaría aplicable en el marco de los ordenamientos jurídicos tanto colombiano como español. No ha de olvidarse que tanto en un sistema de responsabilidad resarcitoria como en el otro, se parte de la afirmación de un nexo de causalidad como requisito fundamental para que surja cualquier tipo de responsabilidad civil o patrimonial que origine la obligación de indemnizar por los daños padecidos. En efecto, los artículos 2341 y 140 del Código Civil y de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo – CPACA en el Ordenamiento jurídico colombiano, y los artículos 1902 del Código Civil y 139 de la Ley 30 de 1992 de Régimen Jurídico de las

Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común – LRJPAC (artículo 32, Ley 40 de 2015, de Régimen Jurídico del Sector Público) en el ordenamiento jurídico español, parecen ir más en la vía de la regla de la indivisibilidad de la causa, lo que en principio sugeriría cierto resquicio de incompatibilidad con los postulados propios de la teoría de la causalidad parcial.

No obstante, es más que evidente que en la actualidad en algunos preceptos legales es posible identificar reglas normativas que hacen referencia a la aplicación de responsabilidades fraccionadas o proporcionales a la cuota de responsabilidad del sujeto agente⁵²⁹. Tal situación es evidenciada en mayor medida en la jurisprudencia tanto colombiana como española⁵³⁰, que en términos generales ha sido la encargada de ir aplicando estos criterios de causalidad parcial o indemnización proporcional, los cuales hoy por hoy resultan altamente verificables en aquellos supuestos de incertidumbre causal que hacen referencia a la incidencia etiológica de factores no imputables al sujeto agente⁵³¹. Es claro, que se está introduciendo en estos casos reglas alternas a la teoría clásica de la causalidad, concretamente, se parte de la idea de un fraccionamiento causal que conlleva a la imputación de responsabilidades parciales o proporcionales. Estas situaciones al igual que muchas otras suelen ser aplicadas de manera inicial en el marco jurisprudencial, v.gr., aquellos supuestos relativos a los casos de causalidad anónima en donde si bien no se tiene conocimiento de quién fue el que en efecto causó el daño, sí se sabe que este fue generado por parte de un grupo determinado de agentes.

En cualquier caso, lo que es necesario dejar por sentado es que la aplicación de este subsistema de causalidad probabilística con arreglo al cual se establecen responsabilidades parciales o proporcionales, no resulta del todo desconocido y ajeno al ordenamiento jurídico de estos países, principalmente, en el marco del ordenamiento jurídico español en donde existen preceptos legales que tipifican casos de responsabilidad por la pérdida de oportunidad o por causa anónima para algunos

⁵²⁹ El artículo 2357 del Código Civil Colombiano pone de manifiesto tal situación: “La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente”.

⁵³⁰ De hecho en ambos países, la jurisprudencia parece haberse venido decantando por el criterio autonomista de las doctrinas ontológicas de la pérdida de la oportunidad. Sin embargo, la jurisprudencia española, especialmente la jurisprudencia civil del Tribunal Supremo, empieza a dejar vestigios de un cambio en su línea jurisprudencial y ha empezado a pronunciarse de manera distinta respecto de la teoría de la pérdida de la oportunidad, concretamente, fundando la misma no ya en el elemento del daño sino en el de la causalidad. Al respecto señala en algunos de sus apartes: “En definitiva, existe una evidente incertidumbre causal en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haber sido informado el paciente, en base a lo cual y dentro del ámbito de la causalidad material o física que resulta de la sentencia, es posible hacer efectivo un régimen especial de imputación probabilística que permite reparar en parte el daño, como es la pérdida de oportunidad, que toma como referencia, de un lado, el daño a la salud sufrido a resultas de la intervención y, de otro, la capacidad de decisión de un paciente razonable que valora su situación personal y decide libremente sustraerse o no a la intervención quirúrgica sin el beneficio de conocer las consecuencias para su salud una vez que estas se han producido” (STS, de 16 de enero de 2012, 279/2012).

⁵³¹ A este respecto, ver este pronunciamiento del Consejo de Estado, en donde se puede observar cómo el referido Tribunal afirma la concausalidad en la producción del daño. El caso hacía referencia a la reclamación de los perjuicios padecidos por el propietario de un predio en ocasión al desbordamiento de las aguas del río. Se afirmó por parte del Consejo de Estado, que los trabajos defectuosos llevados a cabo por la Administración en el río junto con las condiciones climáticas extraordinarias, generaron de manera concurrente el daño por el cual se reclama. Así, se fijó la cuota causal atribuible a la fuerza mayor en un 35%, efectuando la respectiva deducción del “quantum” indemnizatorio. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Tercera, Expediente No. 10846, de 26 de febrero de 1998, C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros.

supuestos específicos. En consecuencia, tal admisión aun cuando ha sido para determinados supuestos específicos, se ha puesto de manifiesto tanto por vía legal como jurisprudencial en el ámbito de la responsabilidad civil o patrimonial, por lo que resulta cuanto menos dudoso que se hable de cualquier tipo de incompatibilidad entre las normas legales que fundamentan el Derecho de daños y los postulados teóricos propios de la teoría de la causalidad parcial o probabilística. Planteada así la cuestión, lo inverosímil sería afirmar que la teoría de la causalidad probabilística no ha penetrado en el marco de estos ordenamientos jurídicos. Tal parece ser precisamente la línea argumentativa que ha empezado a tomar el Tribunal Supremo español cuando en la sentencia anteriormente citada ha afirmado la posibilidad de “hacer efectivo un régimen especial de imputación probabilística” que permita efectuar reparaciones proporcionales que computen la posibilidad de que el hecho lesivo no haya generado en realidad el menoscabo.

7. EL JUICIO DE CAUSALIDAD FÍSICA EN EL MARCO DE LAS RECLAMACIONES “WRONGFUL BIRTH” Y “WRONGFUL LIFE”

De conformidad con lo hasta ahora mencionado, aquellas reclamaciones de responsabilidad “wrongful conception” no revisten mayor problemática en el estudio del elemento de la causalidad, en tal forma que es posible determinar con significativa facilidad a partir de los supuestos que le dan causa, que la conducta médica que se enjuicia constituye condición material “sine qua non” en la producción de los perjuicios. En cualquier caso y siendo demasiado legalistas, el cuestionamiento que podría advertirse respecto de estas demandas en lo relativo al estudio de la causalidad versaría en torno a la incidencia etiológica que ostentaría el ejercicio del derecho a interrumpir voluntariamente el embarazo, situación a la que nos referiremos más adelante cuando hagamos referencia a la problemática que en este ámbito es posible destacar.

Similar situación se podría evidenciar en aquellos eventos en donde resulta dudoso hablar de un nexo de causalidad entre la falta de información respecto de los riesgos de fracaso de la intervención esterilizadora o anticonceptiva y aquellos perjuicios posteriores al nacimiento. Si bien es práctica consolidada por parte de la jurisprudencia fijar este tipo de conductas como constitutivas de responsabilidad civil o patrimonial en el marco de estas reclamaciones, no es menos cierto que la afirmación de un nexo etiológico, concretamente respecto de aquellos daños posteriores al nacimiento, resulta cuanto menos complicada. Es especialmente difícil afirmar que tal falta de información impide en estricto sentido que el paciente adopte las medidas necesarias para asegurar la efectividad de la intervención, en tanto que lo más normal atendiendo al curso ordinario de los acontecimientos es que una vez se lleven a cabo este tipo de intervenciones esterilizadoras o anticonceptivas, no se adopten medidas adicionales (la utilización de otros métodos anticonceptivos) para evitar el acaecimiento de embarazos no deseados. Así, pues, parece que la falta de información sobre los riesgos de fracaso si bien constituye una afrenta a la “lex artis ad hoc”, no incide en la causación del embarazo no deseado. Sin embargo, es importante destacar que tal cuestión solo operaría frente a aquellos daños que surgen con posterioridad a tal hecho, perjuicios que, tal como se tuvo la oportunidad de analizar en el capítulo anterior, no existen en la mayoría de los supuestos en los que se engloban estas reclamaciones, salvo aquellos supuestos excepcionales que a lo largo de este estudio se han mencionado, v.gr., en aquellos

eventos en donde el nacimiento acaece en circunstancias anómalas. Es únicamente en dichos eventos excepcionales en donde tal argumentación vendría a cobrar importancia.

Por su parte, en lo que respecta a las reclamaciones “wrongful birth” y “wrongful life”, la cuestión relativa a la prueba del hecho causal ha constituido uno de los obstáculos insignia de estas reclamaciones de responsabilidad. La mayoría de los estudios que en este sentido se han realizado no suelen diferenciar el juicio de causalidad física del juicio de causalidad jurídica en los términos que aquí hemos ilustrado. De hecho, gran parte de la doctrina española, tiende a hacer uso de criterios jurídicos o normativos (teoría imputación objetiva) para acceder al dato fáctico de la causalidad⁵³². Es decir, no se termina de separar la “questio iuris” de la “questio facti”, desconociendo, por tanto, que esta última constituye el juicio preliminar que se debe realizar antes de determinar si aquellos factores físicos “sine qua non” resultan o no relevantes jurídicamente.

Es menester señalar que la afirmación o rechazo en términos absolutos del nexo de causalidad en el marco de estas reclamaciones de responsabilidad no resultaría acertada. El hecho de que existan supuestos en los que de conformidad con el juicio causal deba negarse cualquier relación etiológica no quiere decir que deba de ser así en el marco de todos los demás. En consecuencia, ese abanico de supuestos en los que se han englobado estas reclamaciones de responsabilidad queda convenientemente restringido, de modo que resulte conforme a los requisitos propios de la responsabilidad civil o patrimonial.

Partiendo de esta situación, trataremos a continuación de abordar el estudio de la causalidad de hecho. Así, pues, tal estudio se llevará a cabo teniendo en cuenta los distintos supuestos de hecho que dan causa a estas reclamaciones, así como al momento en que se manifiesta el perjuicio por el cual se está reclamando. Es decir, si el mismo se evidencia con anterioridad o con posterioridad al nacimiento del niño. Es claro, por tanto, que aquellos perjuicios que surgen con posterioridad al nacimiento resultan envueltos en una problemática de no fácil resolución⁵³³, por lo que tal como se analizará más adelante, la teoría de la causalidad probabilística o parcial inherente a la doctrina de la “chance”, podría presentarse como una alternativa fundamental en la resolución de este tipo de supuestos, cuando aun haciendo uso de aquellos criterios normativos y racionales propios de la sana crítica, no sea posible determinar con suficiencia que el hecho lesivo constituye o no condición material “sine qua non” en la producción del daño.

⁵³² Esta práctica suele ser muy común en el análisis del elemento causal, no solo en el marco de estas reclamaciones sino en el estudio del Derecho de daños en general.

⁵³³ Ver los cuestionamientos que a este respecto se efectúan. GALÁN CORTÉS, Julio, *Responsabilidad civil médica*, op.cit. pp. 427-428; MARTÍN-CASALS, Miquel; SOLÉ FELIU, Josep, “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2006”, op.cit. p.1966.

7.1 El estudio de la causalidad según el momento en el que tengan lugar aquellos perjuicios por los cuales se reclama

7.1.1 La etiología real o material respecto de aquellos daños que surgen con anterioridad al nacimiento: vulneración del derecho a la autodeterminación reproductiva tanto desde la perspectiva de la libertad de procreación futura como desde la relativa a la facultad de interrumpir voluntariamente el embarazo

A lo largo de los epígrafes que desarrollaremos a continuación nos enfocaremos en la incidencia causal que ostenta la conducta médica negligente (falta o diagnóstico erróneo) respecto de aquellos perjuicios que en el marco de este trabajo hemos estimado como indemnizables, y que surgen con anterioridad al nacimiento. Lo anterior, en tanto que tales perjuicios sugieren la realización de un estudio que los aborde de manera diferenciada respecto de aquellos que surgen con posterioridad a tal evento.

Así las cosas, en primer lugar, se efectuarán algunas valoraciones en lo referente a la cuestión relativa a la acreditación del nexo etiológico respecto de aquellos perjuicios que tengan lugar antes de la concepción o fecundación del feto (diagnósticos indirectos - diagnósticos preconceptivos), o antes de la transferencia del feto al útero cuando ya hayan sido fecundados (diagnósticos preimplantatorios). Posteriormente, analizaremos aquellos daños que aun siendo anteriores al nacimiento del niño, se presentan con posterioridad tanto a la decisión de concebir como a la de transferir al útero el embrión *in vitro*. Es decir, aquellos que suelen manifestarse en fase prenatal y que tienen lugar estrictamente durante el proceso de gestación. Es preciso resaltar que estos perjuicios que se manifiestan con anterioridad al nacimiento no resultan trascendentes en el marco propio de las reclamaciones “wrongful life”, pues como es sabido todos aquellos daños por los cuales reclama el niño son posteriores a su nacimiento, de modo que en estos casos no sea posible efectuar en el marco de estas demandas un estudio en cuanto al hecho causal.

7.1.1.1 La relación de causalidad en el marco de los procedimientos de diagnóstico indirecto

En lo que tiene que ver con aquellos perjuicios que se manifiestan con anterioridad a la concepción o fecundación del embrión, es preciso distinguir los supuestos de hecho que surgen en el marco de los diagnósticos preconceptivos de aquellos que se llevan a cabo en el marco de lo que la doctrina en general ha denominado diagnósticos indirectos. A continuación, nos referiremos específicamente a estos últimos por contener ciertas particularidades que deben abordarse necesariamente de manera independiente.

Tal como en su momento se señaló, los diagnósticos indirectos hacen referencia a aquellos eventos en donde la prestación médica a la que se somete el demandante no tiene por objeto nada relativo a la salud sexual y reproductiva. Por lo general, este tipo de supuestos tienen lugar en aquellos casos en donde en virtud de la prestación médico-hospitalaria de que se trate, se descubren una serie de lesiones o anomalías que afectan directamente a la descendencia futura sin que se informe al paciente sobre tales efectos. Así mismo, también se suele hacer referencia en el marco de estos supuestos a la falta de información no ya en cuanto a los efectos de las lesiones o anomalías como tal, sino a la

falta de recomendación de practicarse una prueba diagnóstica preconceptiva que confirme o descarte la sospecha de que la descendencia futura pueda resultar afectada con la anomalía que se ha descubierto.

En términos generales, es importante señalar que no solo se deben considerar en el juicio de causalidad fáctica aquellas conductas positivas sino también aquellas conductas negativas (conductas omisivas). De hecho, muchas de las conductas que resultan sometidas a un estudio en cuanto al juicio de causalidad física parten del incumplimiento de un deber de actuación profesional; situación que se coloca de manifiesto si hacemos referencia a los supuestos de hecho que dan causa a las reclamaciones “wrongful conception”, “wrongful birth” y “wrongful life” en específico, y de la responsabilidad médico-hospitalaria en general. Cuando el hecho lesivo se refiere a la omisión de una conducta que se debía llevar a cabo, el estudio de si hubo o no un nexo causal obliga a plantearse el derrotero de los acontecimientos que habría tenido lugar de cumplirse con el deber de actuación omitido. Es decir, en estos eventos el ejercicio de la supresión mental de la conducta enjuiciada (teoría de la equivalencia de las condiciones) se convierte en sentido estricto, en la agregación mental de la conducta debida. Sea como fuere, es necesario señalar que aun en estos eventos en donde el ordenamiento jurídico tiene en cuenta la existencia de deberes jurídicos entre el sujeto agente y la víctima no podría hablarse de causalidades jurídicas sino de causalidades fácticas, en tanto que la verificación de que de la conducta omitida generó el perjuicio constituye un presupuesto equivalente a la comprobación que en sentido estricto se suele realizar para acreditar el nexo causal (conductas positivas)⁵³⁴. Es cierto, por tanto, que se tienen en cuenta ciertos criterios o reglas normativas en la supresión mental que se realiza, pero tal como se ha mencionado, es un error injustificable pretender abstraer todo tipo de reglas y criterios normativos del juicio de causalidad física⁵³⁵.

La creación de una falsa percepción de la realidad en los padres es lo que constituye el punto de partida en el marco de las reclamaciones “wrongful birth” y “wrongful life”. Así pues, es precisamente tal vicio en cuanto a la apreciación real de los hechos el que origina el escenario propicio para que se lleven a cabo los distintos daños que en el marco de estas demandas se buscan reparar. La falta de información sobre los efectos que genera en la futura descendencia la existencia de lesiones o anomalías que afectan al paciente, así como aquella relativa a proceder con la práctica de diagnósticos preconceptivos para descartar o confirmar los riesgos de afectación a los *concepturi*, difícilmente ostentan entidad para crear un falso negativo. Es difícil concebir la idea de que la ausencia de información en cuanto a la salud reproductiva en el marco de cualquier prestación médico-hospitalaria, implica de manera correlativa el suministro de informaciones tácitas que le indiquen al paciente que este se encuentra en un óptimo

⁵³⁴ Compartiendo esta misma línea argumentativa. GASCÓN ABELLÁN, Marina, “Prueba de la causalidad en pleitos de daños y pérdida de oportunidad”, op.cit. pp. 203-204.

⁵³⁵ MEDINA ALCOZ, Luis, “La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Régimen General y Especialidades”, op.cit. p. 24; *Teoría de la Pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*, op.cit. p. 261. No obstante lo anterior, es de resaltar posiciones argumentativas disidentes a la aquí ilustrada, en tanto que, al parecer, se visualiza el juicio de causalidad física como un juicio ausente de cualquier componente normativo. Identificándose más en la vía de este razonamiento y calificando estos supuestos como auténticos ejemplos de causalidades jurídicas. Ver. TAMAYO JARAMILLO, Javier, *Tratado de Responsabilidad civil*, Tomo I, op.cit. pp. 249-250. En el mismo sentido. LÓPEZ MESA, Marcelo, *Elementos de la Responsabilidad Civil*, op.cit. pp. 424-426.

estado, y que no existe ningún riesgo de patologías que amenacen a la futura descendencia. Es decir, no se puede afirmar que la omisión de información en este sentido, con total independencia de que exista un deber o no a este respecto, cree en el paciente una imagen distorsionada de la realidad en lo que respecta a la salud reproductiva del mismo.

Por consiguiente, ante la imposibilidad de afirmar la existencia de un falso negativo en estos eventos, que se manifiestan en el marco de lo que se ha denominado “diagnósticos indirectos”, resulta especialmente complicado hablar de la vulneración al derecho a la autodeterminación reproductiva, concretamente, desde la perspectiva del derecho a la procreación futura.

En estos eventos, resulta cuanto menos inverosímil, haciendo uso de las reglas del buen sentido, que la toma de cualquier decisión respecto del ejercicio de los derechos reproductivos se lleva a cabo a partir de la convicción de que la descendencia futura se encuentra exenta de cualquier tipo de riesgos genéticos o congénitos. No se puede hablar de la existencia de tal convicción o certeza, pues la prestación médica en la que se descubren las anomalías o lesiones en cuestión no tiene como finalidad atender las cuestiones relativas a la procreación futura del paciente, por lo que muy difícilmente podría concluirse que cualquier ausencia de pronunciamiento a este respecto supone para el paciente un estado óptimo en todos los ámbitos de la salud. La decisión por la cual se ejerce el derecho a concebir o procrear se lleva a cabo de manera libre y totalmente consciente, de modo que el hecho de que no se haya informado al paciente sobre la existencia de tales efectos, así como sobre la cuestión relativa a la conveniencia de realizarse las pruebas diagnósticas correspondientes, no vulnera su derecho a la autodeterminación reproductiva. No puede existir tal violación, cuando en efecto, la decisión que resulta del ejercicio de tal derecho se encuentra plenamente autodeterminada y, además, tiene en cuenta que el ámbito de aplicación de la prestación médica de que se trate no tiene ningún tipo de relación con la salud reproductiva del paciente. Es evidente, por tanto, que ante la inexistencia de un falso negativo, es decir, ante la imposibilidad de afirmar un curso causal respecto de aquellos perjuicios anteriores al nacimiento, la conducta del demandado no ostenta ningún tipo de incidencia causal no solo respecto de esta clase de daños, sino tampoco, y con mayor razón, respecto de aquellos perjuicios que surjan con posterioridad al nacimiento. Resulta totalmente irrelevante proceder a efectuar un estudio de causalidad respecto de estos últimos perjuicios, pues ni siquiera es posible afirmar un nexo etiológico entre la conducta médica en cuestión y el daño reclamado en el primer estadio del curso de los acontecimientos.

Se suelen utilizar argumentos en donde se plantea cierta distinción entre los dos eventos anteriormente ilustrados, pues se parte de la consideración de que en aquellos en donde la falta de información radica en no advertir sobre los efectos perjudiciales que supone para la descendencia futura, las anomalías o enfermedades descubiertas, sí que se genera la existencia de un falso negativo. Se indica que aun cuando se trate de una información que no resulta esperada por el paciente, la ausencia de esta, aunque nos encontremos ante una prestación médica que no se relacione con la procreación futura, implica necesariamente la convicción de que no existe problema alguno. De manera correlativa, en aquellos eventos en donde la falta de información consiste en no advertir sobre la conveniencia de llevar a cabo las prácticas de las pruebas diagnósticas correspondiente, se rechaza cualquier incidencia causal respecto del daño relativo a la

libertad de procreación, en tanto que lo que en realidad ocurre es que se priva de la posibilidad de acceder al diagnóstico mas no la de concebir libremente⁵³⁶. Se parte de la idea, a nuestro juicio un poco desenfocada, de que el deber frente al paciente estriba en advertir sobre los riesgos para la descendencia futura, y no, en la realización del diagnóstico preconceptivo.

En cualquier caso, cabe destacar que estos argumentos tampoco resultan de recibo, pues carecen de cierta consistencia lógica y no resultan del todo convincentes, principalmente, en lo que tiene que ver con la cuestión relativa a la creación de un falso negativo a partir de la ausencia de información respecto de los efectos perjudiciales que en la descendencia futura generan las enfermedades o anomalías descubiertas. No se entiende de qué manera cualquier prestación médica, cuyo objetivo o finalidad no se relacione con la salud reproductiva del paciente, pueda a partir de la existencia de omisiones informativas en este concreto ámbito del conocimiento médico suponer correlativamente una información en sentido estricto. Es claro, por tanto, que aquellos padres que una vez tengan conocimiento de enfermedades o lesiones determinadas, sin que por ello se llegue a conocer la afectación que esto en efecto generaría en los *concepturus*, no pueden ni afirmar ni negar un estado óptimo de salud en lo referente a su capacidad reproductiva; es que simplemente no se ostenta información que justifique cualquier juicio de valor al respecto. Pretender partir de la idea de que la no información a este respecto supone una información tácita constituye un despropósito, entre otras razones, porque cuesta mucho hablar en el ámbito médico de certezas y de términos absolutos, especialmente, si hablamos de enfermedades genéticas en fase preconceptiva cuya actualización en los futuros hijos tiene un componente más o menos azaroso. Así las cosas, no estimamos conveniente que se hable de certezas en cuanto a los efectos que se generarían en la descendencia futura, cuando de alguna u otra manera debería hablarse en realidad de riesgos que podrían llevarse a cabo. Indicios de riesgos que solo pueden confirmarse o descartarse, siempre en la medida de lo posible⁵³⁷, si se realizan las pruebas diagnósticas de rigor.

De cualquier manera, y tal como se señaló en su momento, no podría hablarse de ningún tipo de incidencia causal entre la conducta del profesional médico que no informa sobre la existencia de tales pruebas diagnósticas, y un eventual daño inmaterial por violación al derecho a la autodeterminación reproductiva; así como respecto de aquellos morales y patrimoniales que surjan con posterioridad al nacimiento, pues ante la inexistencia de un falso negativo en los padres, resulta imposible hablar de un vínculo etiológico respecto de este tipo de perjuicios.

7.1.1.2 La relación de causalidad en el marco de los procedimientos de diagnóstico preconceptivo y preimplantatorio

Como se ha tenido la oportunidad de señalar en variadas ocasiones, la acreditación de un enlace causal entre el comportamiento negligente del demandado y aquellos daños que se generan con anterioridad al nacimiento -aquellos referidos a los daños inmateriales que surgen con ocasión de la violación a la autodeterminación reproductiva desde la perspectiva del derecho a procrear de manera libre y autónoma-, no

⁵³⁶ MACÍA MORILLO, Andrea, *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales. Las llamadas acciones de Wrongful birth y Wrongful life*, op.cit. pp. 512-514.

⁵³⁷ Debe recordarse que se tratan de pruebas diagnósticas preconceptivas que tal como se señaló en su momento no suelen arrojar resultados en términos absolutos sino de probabilidades.

suponen mayores dificultades. Es de resaltar que solo se debe otorgar relevancia causal a aquellas conductas activas u omisivas que constituyen “condicio sine qua non” en la producción del daño inmaterial por el cual se reclama. Por consiguiente, no podría hablarse de la existencia de un enlace causal fáctico cuando nos encontremos hablando de comportamientos negligentes que por muy violatorios a la “lex artis ad hoc” no resultan suficientes para generar un diagnóstico erróneo, o la omisión en cuanto a su recomendación o realización cuando resulte clínicamente indicado, de modo que son precisamente tales eventos los que a su vez producen la existencia del falso negativo con la consecuente vulneración al derecho a tomar decisiones plenamente autodeterminadas.

En el marco de los procedimientos diagnósticos suele ser común la participación de diversos sujetos hasta el momento en que los resultados de tales pruebas se ponen en conocimiento del paciente. Sujetos de variada clasificación que desarrollan distintas actividades y que son llamados también a ser tenidos en cuenta en el marco del juicio de causalidad física. Sin embargo, es posible señalar que dadas las particularidades propias del procedimiento preimplantatorio tal participación puede resultar significativamente restringida. En este orden de ideas, es posible que la causación del daño no provenga únicamente del acaecimiento de una conducta negligente sino de la sumatoria de varias de ella, por lo que a la hora de determinar la incidencia causal de la conducta enjuiciada es necesario verificar si esta por sí misma generó la totalidad del perjuicio o solo contribuyó a su realización. Análisis que sin lugar a dudas nos lleva al establecimiento del sistema de imputación causal probabilística que fija responsabilidades proporcionales o parciales de conformidad con la cuota causal que se les asigne a los cocausantes del daño.

Si bien es cierto que es posible encontrar conductas violatorias a las reglas de la “lex artis ad hoc” que por los efectos que generan no resulta viable enlazarlas causalmente con el perjuicio por el cual se reclama, no es menos cierto que son precisamente tales reglas de oficio de la profesión médica las que determinan hasta donde la falta de información respecto de la salud reproductiva del paciente, constituye o no, una privación del derecho a la autodeterminación reproductiva. En efecto, el ejercicio adecuado de la profesión médica en lo relativo a todas aquellas actividades que integran el procedimiento de diagnóstico tanto preconceptivo como preimplantatorio, no podrían generar una privación a la facultad de procrear libremente, pues tal como se ha reiterado a lo largo de este trabajo, tal privación solo se genera en el momento en que no se facilita la información que a la luz de las reglas de la “lex artis ad hoc” es posible suministrar. No resulta posible, pues, imputar subjetivamente al demandado aquellos errores de diagnósticos o las omisiones en cuanto a los mismos que hubieran podido evitar la existencia de falsos negativos, si tales eventos se manifiestan aun cumpliéndose con todas aquellas reglas normativas inherentes al oficio médico. Es evidente, por tanto, que ante la inexistencia de un perjuicio se hace imposible hablar de un nexo etiológico respecto de la conducta enjuiciada.

Así las cosas, en estos eventos la acreditación de una etiología material entre el comportamiento médico negligente (falta de información sobre las pruebas diagnósticas, expedición de diagnósticos erróneos, etc.) y la privación a la facultad de procrear libre y voluntariamente no supone mayor inconveniente. La omisión o el error en la producción tanto del diagnóstico preconceptivo como preimplantatorio genera el falso negativo, que a su vez, es lo que hace privar a los padres de que lleve a cabo decisiones libres y

conscientes en materia reproductiva⁵³⁸. Se tratan de eventos en donde la acreditación de la relación causa-efecto no supone mayor elucubración, pues resulta cuanto menos inverosímil que se aduzca que tal omisión o error de diagnóstico no transforma la percepción que de la realidad ostentan los padres respecto de su estado de salud o respecto del estado de salud del embrión *in vitro*, así como que tal representación errada de la realidad no conlleva al hecho de que se tomen decisiones realmente inconscientes en el ejercicio de sus derechos.

No obstante, se han planteado algunos supuestos –refiriéndose de manera concreta a aquellos procedimientos diagnósticos preconceptivos– en donde se alega la ausencia de un vínculo etiológico entre el servicio médico y los perjuicios objeto de estudio. Se traen a colación aquellos casos en donde el comportamiento enjuiciado no genera un falso negativo o, que habiéndose manifestado, este no se ha generado por la conducta negligente del profesional médico o quien funja como demandado⁵³⁹. En el primero de los supuestos, se parte de la circunstancia de que no existe un falso negativo por cuanto los padres ya ostentan un conocimiento sobre los riesgos de malformación en la descendencia futura, por lo que difícilmente se podría hablar de una violación a la autodeterminación reproductiva. En el segundo de los supuestos, se afirma que si bien los padres no ostentan un conocimiento sobre dichos riesgos, estos se encontraban en la obligación de conocerlos, pues dadas determinadas circunstancias tales conocimientos le son exigibles. Es difícil imaginar en qué medida se puede hablar de un conocimiento de tales riesgos por parte de los padres, frente a un diagnóstico que en efecto está señalando que no existe riesgo alguno o que este resulta ínfimo para la procreación futura. Es decir, hasta qué punto se puede afirmar que estos conocimientos pueden hacerle frente a un diagnóstico específico que se realice para descartar o confirmar indicios de riesgos. Quizá tales argumentos podrían tener cierta validez, aun cuando con muchas dudas, frente a aquellos eventos en donde el comportamiento negligente se refiera a la falta de recomendación o realización de tales pruebas diagnósticas cuando estas resultaren indicadas, o cuando no se hubiere informado a tiempo sobre los resultados de las pruebas diagnósticas preconceptivas; en tanto que podría argumentarse que la ausencia de tales resultados no generan una falsa representación de la realidad en los padres, pues dadas las circunstancias del caso, existía un conocimiento en cuanto a los riesgos a los que se encontraba expuesta la descendencia futura. Conocimiento que en ningún sentido se confrontó con los resultados arrojados por una prueba diagnóstica específica.

Siguiendo esta misma línea, concretamente en el marco de los diagnósticos preconceptivos, se ha afirmado que el comportamiento del demandado no se relaciona con el falso negativo, sino únicamente con la privación de la posibilidad de repetir la práctica del diagnóstico. En consecuencia, en tales eventos no resultaría posible hablar de un nexo de causalidad entre la conducta del demandado y la privación del derecho a procrear libremente. Es necesario señalar que esta línea argumentativa es posible identificarla no solo en el ámbito preconceptivo sino también en fase prenatal, que es precisamente el supuesto de hecho sobre el que en la práctica más suele pronunciarse la jurisprudencia internacional. Se trata de aquellos eventos en donde lo que se manifiesta es el acaecimiento de un fracaso en la prueba diagnóstica, y esta no es advertida al

⁵³⁸ Resulta más complicado imaginar en el ámbito preimplantatorio supuestos de responsabilidad con ocasión a la falta de realización de un diagnóstico preimplantacional, no obstante, tal situación podría plantearse por la falta de información sobre su existencia cuando estas resulten indicadas.

⁵³⁹ MACÍA MORILLO, Andrea, *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales. Las llamadas acciones de Wrongful birth y Wrongful life*, op.cit. pp. 500-501.

paciente, de modo que el comportamiento negligente es el que hace referencia a la conducta debida que se omite, a saber, otorgar información sobre el fallo de tal prueba; y no el relativo al error del diagnóstico en sí mismo. Así pues, se indica que el hecho lesivo no elimina la posibilidad de obtener un diagnóstico correcto, sino aquella oportunidad de repetir la práctica de la prueba⁵⁴⁰.

En lo referente a este cuestionamiento, que también resulta interesante, es preciso señalar que aun cuando el origen del falso negativo inicialmente se haya manifestado en el fracaso de la prueba diagnóstica, lo cual en principio no supone el actuar negligente del demandado, no es menos cierto que la falta del deber de informar sobre tal error también constituye condición material “sine qua non” en la producción del daño. Dicho de otro modo, aplicando la supresión mental propia de “la teoría de la equivalencia de las condiciones”, es posible señalar que de no haber mediado la conducta omitida no habría tenido lugar el daño inmaterial relativo a la privación del derecho a la autodeterminación reproductiva, en tanto que se hubiese alertado a los padres de que el diagnóstico inicialmente suministrado se encuentra defectuoso. Así, cualquier decisión que al respecto se hubiese llevado a cabo sería perfectamente libre y consciente, no siendo posible hablar ni de la existencia de un daño, ni mucho menos de un nexo de causalidad⁵⁴¹.

Atendiendo a las razones que se han venido exponiendo, resulta perfectamente posible afirmar a título general tanto en el marco de los procedimientos preconceptivos como preimplantacionales, la existencia de un enlace causal respecto de aquellos daños que surgen con anterioridad al nacimiento: privación del derecho a la autodeterminación reproductiva, concretamente, desde la perspectiva de la libre procreación futura.

7.1.1.3 La relación de causalidad en la fase prenatal

Al igual que en el ámbito preconceptivo y preimplantatorio, en el marco de los procedimientos diagnósticos prenatales la acreditación del enlace causal entre el comportamiento negligente del demandado y aquellos daños que surgen con anterioridad al nacimiento no supone mayor complicación.

Quizás la única diferencia que es posible identificar entre esta clase de supuestos y los anteriormente referidos, hace alusión a que en estos eventos no es la libertad a la procreación futura la que resulta afectada sino la facultad de interrumpir voluntariamente el embarazo, lo que implica que solo la gestante es quien ostenta un derecho a ser indemnizada por este perjuicio en concreto, en tanto que es la única que en efecto lo padece⁵⁴². Así pues, al margen de la precisión anteriormente señalada, se ha de entender trasladado a este ámbito todo lo analizado en aquel, incluyendo aquellas objeciones que buscan descalificar en algún grado la existencia de un falso negativo o anular la

⁵⁴⁰ Esta parece ser justamente la línea argumentativa adoptada en esta sentencia. Ver. SAP Balears, de 6 de junio de 2001, 2143/2001.

⁵⁴¹ Es posible señalar que tal posición argumentativa resulta compatible con la que finalmente se adoptó en este pronunciamiento. Ver. STS, Sala Primera, de 6 de junio de 1997, 4610/1997.

⁵⁴² STS, Sala Tercera, de 5 de diciembre de 2007, 9142/2007. No obstante, es importante traer a colación los pronunciamientos que a este respecto ha realizado la doctrina. Así, se ha señalado que si bien la lesión se produce en un interés jurídico protegido exclusivamente a la madre, tal privación a la facultad de abortar produce de manera correlativa un daño por rebote o *par ricochet* al padre. MARTIN-CASALS, Miquel; SOLÉ FELIU, Josep, “Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 2002”, op.cit. p. 1118; “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2006”, op.cit. p. 534.

relevancia causal de la conducta negligente respecto de su ocurrencia, así como aquellas que tienden a rechazar el daño porque no se presenta ninguna privación del derecho a interrumpir el embarazo sino que lo que en efecto se lleva a cabo sería la pérdida de la posibilidad de repetir la prueba diagnóstica.

En ordenamientos jurídicos como el nuestro, en donde los supuestos para la interrupción voluntaria del embarazo se encuentran restringidos, así como en todos aquellos en donde el sistema legal obedece a un sistema de indicaciones, también es preciso señalar que a efectos de afirmar la causalidad de la conducta del demandado, esta además de generar el falso negativo en la gestante, debe privarla del ejercicio libre y consciente de su derecho a abortar. La creación de un falso negativo que en efecto distorsione la representación de la realidad de la gestante en lo referente al estado de salud del feto, no vulnera el derecho a la autodeterminación reproductiva si tal supuesto no constituye un evento en el que el ordenamiento jurídico autorice la interrupción del embarazo. Así, ante la falta de un daño, no podría hablarse de la existencia de nexo causal alguno. En el marco de nuestro ordenamiento jurídico, la interrupción voluntaria del embarazo se prevé como un derecho fundamental inherente a la gestante, y del que puede hacer uso solo en los supuestos expresamente autorizados⁵⁴³. Tal como en su momento se señaló, aquellas malformaciones graves que afecten la idea de vida, no como mera existencia biológica sino como aquella que lleva intrínseca un reducto inquebrantable de dignidad, actualizan los supuestos de hecho fijados por el ordenamiento jurídico para autorizar la interrupción del embarazo. La conducta médica negligente que lleve a cabo la falta o errónea información respecto de ellas, generando así una alteración en la percepción de la realidad que sobre el estado de salud del feto tiene la gestante, priva a esta del ejercicio libre y consciente de sus derechos reproductivos.

La determinación del enlace causal en estas circunstancias no exige mayor elucubración, en tanto que es precisamente la falta de los datos reales relativos al estado de salud del feto lo que origina que la toma de decisiones en el ejercicio de los derechos reproductivos de la gestante resulte inocua. El ejercicio inconsciente o desinformado de un derecho equivale jurídicamente a la ausencia de su ejercicio. Según el curso normal de los acontecimientos, la actualización de un eventual comportamiento negligente por parte del demandado generaría en normales condiciones la producción del daño inmaterial que supone la violación a la autodeterminación reproductiva, pues resulta altamente probable que de no mediar dicho comportamiento no habría lugar a un falso negativo en la gestante, dando como consecuencia, el ejercicio libre y consciente por parte de esta de su derecho a abortar. Lo anterior, con total independencia del sentido que finalmente adoptare tal decisión⁵⁴⁴. Es precisamente la falta de la información que se estima exigible la que generaría el falso negativo en la gestante y, por tanto, el ejercicio desinformado de los derechos reproductivos.

⁵⁴³ Ver principalmente las consideraciones que sobre esta cuestión expresan estas sentencias. Corte Constitucional, Sentencia T- 585/2010, de 22 de julio de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; Corte Constitucional, Sentencia T-841/2011, de 03 de noviembre de 2011, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁵⁴⁴ Haciendo referencia a la irrelevancia que supone en estos eventos identificar qué habría hecho la gestante de haber recibido un diagnóstico ajustado a la realidad. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo, op.cit. pp. 857-865; ROMERO COLOMA, Aurelia, “*Las acciones de wrongful birth y wrongful life en el ordenamiento jurídico español (especial referencia a la responsabilidad civil médica)*”, op.cit. p.2597. Apuntando esta misma idea. HENSEL, Wendy Fritzen, op.cit. p. 166.

En definitiva, al igual que en el ámbito preconceptivo y preimplantatorio, en el prenatal es posible afirmar, naturalmente desde una perspectiva abstracta, la existencia de un nexo causal entre el comportamiento negligente del encargado de prestar el respectivo servicio de salud (falta de elaboración del diagnóstico, información extemporánea sobre los resultados de las pruebas practicadas, suministro de un diagnóstico erróneo...) y el daño inmaterial que supone para la gestante el ejercicio desinformado e inconsciente de sus derechos reproductivos (derecho a la IVE).

7.1.2 La etiología real o material respecto de aquellos daños que surgen con posterioridad al nacimiento: la aflicción y sufrimiento que acaece con ocasión del nacimiento o vida en condiciones de discapacidad; el detrimento patrimonial que supone hacer frente a los gastos extraordinarios relacionados con la grave discapacidad; el daño inmaterial que sufren los padres relativo a la alteración en las condiciones de su existencia

La problemática en cuanto al estudio causal en lo referente a estas reclamaciones recae precisamente en aquellos perjuicios que surgen con posterioridad al nacimiento. La exigencia de ingredientes fácticos adicionales en los cursos causales (hipotéticos) que llevan a afirmar o rechazar la existencia de un nexo etiológico, así como la falta de suficiente calidad epistemológica respecto de los distintos enunciados fácticos, constituyen algunos de los distintos obstáculos a los que es necesario enfrentarse para abordar el estudio del elemento causal en el marco de estas reclamaciones de responsabilidad.

El estudio en cuanto al juicio de la causalidad física respecto de estos daños supone determinar si los mismos habrían o no tenido lugar de no haber mediado el comportamiento negligente del profesional médico o quien funja como demandado. Lo que implica a su vez acreditar con suficiente grado de probabilidad, cuál habría sido la decisión de los padres o de la gestante en caso tal no se hubiese llegado a manifestar el falso negativo. Es decir, el curso de los acontecimientos que lleva a afirmar la existencia de un nexo etiológico exige que sea posible afirmar con suficiente grado de probabilidad que de haber conocido los padres o la gestante los defectos existente en los *concepturi* o *nasciturus*, se hubiese evitado el nacimiento, bien a través del ejercicio negativo del derecho a la procreación, bien a través de la interrupción voluntaria del embarazo⁵⁴⁵. La acreditación formal de tales enunciados fácticos (hipótesis) es precisamente lo que constituye la cuestión primordial en el estudio del juicio de causalidad, pues a partir de ello resulta posible llevar a cabo un juicio conclusivo en lo referente a la existencia o no de un enlace etiológico respecto de aquellos daños que surgen a raíz del nacimiento en circunstancias de grave discapacidad.

A continuación, se abordarán estos cuestionamientos a la luz de los diversos supuestos de hecho en los que se llevan a cabo estas reclamaciones de responsabilidad, de manera tal que se pueda determinar en los distintos eventos el grado de incidencia causal que puede ostentar el comportamiento negligente enjuiciado en el acaecimiento de estos perjuicios.

⁵⁴⁵ En similares términos se ha pronunciado la jurisprudencia norteamericana, concretamente aquella que ha permitido este tipo de reclamaciones. Ver. *Turpin v. Sortini* 31 Cal. 3d 221; *Procanik v. Cillo* 97 N.J. 339; 478 A.2d 755 (1984); *Keel v. Banach*, 624 So. 2d 1022, 1027 (Ala.1993); *Canesi v. Wilson*, 730 A.2d 813 (N.J. 1999); *Thornhill v. Midwest Physician Center of Orland Park*, 787 N.E.2d 247, 254 n.2 (Ill. App. Ct. 2003).

7.1.2.1 La relación de causalidad en el marco de los procedimientos de diagnóstico preconceptivo y preimplantatorio

La acreditación de un enlace causal entre los daños que surgen a raíz del nacimiento y la conducta médica negligente, que tanto en fase preconceptiva como preimplantatoria pueden adoptar múltiples modalidades, exige poder afirmar que la razón de los padres de haber decidido proceder con la concepción o la transferencia del embrión *in vitro* se debe al actuar negligente en la prestación del servicio médico. Dicho de otra manera, tal comportamiento ha de constituir “condicio sine qua non” en la producción de aquellos daños que surgen a raíz del nacimiento del niño. Es evidente que acreditar tal afirmación no resulta tarea fácil, pues la toma de decisiones sobre cuestiones tan íntimas y personales como la procreación futura también pueden depender de un sinnúmero de circunstancias que pueden variar según las particularidades propias de cada persona. Así, las razones de orden económico, familiar o religioso, pueden llegar a ser elementos fundamentales en la decisión que finalmente se adopte y que desencadene en la obtención de descendencia.

Es precisamente esta particularidad la que ha constituido el argumento primordial que rechaza la afirmación de incidencia causal entre la conducta médica negligente en sede preconceptiva o preimplantacional y aquellos daños posteriores al nacimiento. Se parte de la consideración de que la posible afección de la descendencia futura constituye uno de los argumentos que son llamados a tenerse en cuenta por parte de los padres, pero que ello no quiere decir que sea el único, o peor aún, el argumento más relevante, en tanto esto dependerá realmente de las características propias de la pareja. Es decir, de la concreta escala de valores que estos posean. En términos generales, se cierra cualquier posibilidad de determinar *a priori* que el actuar médico negligente haya constituido uno de los eslabones “sine qua non” en la cadena de sucesos que dan como resultado los perjuicios (aquellos posteriores al nacimiento) por los cuales se reclama. Con ello no se suele negar tal posibilidad, pues se hace referencia a que habrá que atenerse a las circunstancias de cada caso en concreto y a las dificultades que supondría demostrar para la parte demandante, que de no haber mediado tal actuar negligente no se habría tomado la decisión de obtener descendencia. Lo que se señala es que no sería adecuado afirmar que en términos generales la conducta médica negligente que se manifieste, bien sea en sede preconceptiva o preimplantatoria, constituye la razón de ser de los perjuicios que surgen con posterioridad al nacimiento, pues desde las reglas de la experiencia y del buen sentido no resulta probable que de haberse actuado correctamente se habría tomado la determinación radical y definitiva de no obtener descendencia, máxime si se tiene en cuenta todo lo que ello implicaría en la vida de cualquier pareja.

La afirmación o negación *a priori* del enlace causal como al parecer pretenden efectuar algunos autores, no siempre constituye la mejor manera de abordar el estudio de la relación de causalidad, especialmente si hablamos de este tipo de reclamaciones. Es lógico que la acreditación formal de tal incidencia etiológica pueda resultar más preponderante en el marco de algunos supuestos a diferencia de otros, pero no por ello podríamos señalar que en aquellos supuestos en donde tal situación no resulte preponderante el elemento de la causalidad se encuentra llamado a fallar. Es precisamente esta la situación cuando el estudio de causalidad se efectúa en el marco de estas reclamaciones respecto de aquellos daños que surgen con posterioridad al nacimiento.

Al margen de ello, es difícil coincidir con posiciones que tienden, en términos generales, a restarle valor a la información relativa a la afección de la descendencia futura, pues al parecer ven más probable que argumentos de tipo económico, religioso o de cualquier otra índole obtengan un mayor peso a la hora de decidir obtener descendencia que aquellos que tienen que ver con el estado de salud del *concepturus* e incluso del *nasciturus*⁵⁴⁶; si bien se trata de una cuestión que atiende en gran medida a la escala de valores de cada quien, pues de lo que aquí estamos hablando es de identificar qué se habría hecho en caso de que la conducta médica no se hubiera manifestado de manera negligente, cuestión que puede ser perfectamente disímil atendiendo a las particularidades propias de la pareja. Pese a ello, es claro que la manifestación de determinadas circunstancias constituyen indicios significativos que otorgan luces sobre situaciones que en principio parecen estar dotadas de incertidumbre, pero que en realidad es posible a partir de las reglas de la experiencia y del buen sentido determinar con suficiente grado de probabilidad no solo el grado de importancia que supone para el paciente la información en cuanto a una eventual afección en la descendencia futura, sino también la cuestión relativa a qué habrían hecho los padres de no haber mediado el comportamiento negligente.

Con la finalidad de abordar de mejor manera el estudio de este tipo de supuestos, nos enfocaremos en primer lugar en aquellos supuestos que hacen referencia a los diagnósticos preconceptivos para posteriormente valorar aquellos que se generan en el marco de los diagnósticos preimplantatorios.

Es evidente, pues, que estos tipos de supuestos al que ahora nos enfrentamos, al igual que aquellos que se manifiestan en fase prenatal y al que más adelante nos referiremos, tienen un componente de incertidumbre por el cual algunos autores los han denominados como “cursos causales no verificables”. En efecto, el solo hecho de que una pareja proceda a la realización de un procedimiento de diagnóstico preconceptivo, - que valga la aclaración no suelen ser a título general procedimientos de obligatoria realización en la mayoría los ordenamientos jurídicos, ni una práctica muy habitual en las parejas, pues la mayoría de los eventos en los que este tipo de situaciones se manifiestan surgen cuando existen sospechas reales y debidamente fundadas de que la descendencia futura pueda resultar afectada de anomalías genéticas que ostenten los pacientes- constituye un indicio de significativa importancia en el juicio físico de causalidad, pues parece razonable concluir que la pareja acude a la realización de este tipo de procedimientos para, en vista de su resultado, decidir sobre una procreación futura. En otras palabras, el hecho concreto de propiciar o de efectuarse tal prueba diagnóstica revela, a la luz de las reglas del buen sentido, que el móvil de la pareja al realizarse la prueba no fue otro que excluir la alternativa de procrear de manera natural si el resultado de la misma era positivo, lógicamente previas verificaciones de rigor de que en efecto tal diagnóstico positivo se corresponde con la realidad, pues lo más razonable atendiendo a la normal valoración de las decisiones humanas, es que una vez informados de un diagnóstico positivo, se tomen las precauciones de rigor y se proceda a la realización de una segunda prueba que contraste la inicial. En estos casos, la manera de proceder de la pareja atendiendo al contexto en el que este tipo de pruebas son llevadas a

⁵⁴⁶ Es precisamente esta la posición sostenida por este autor. MACÍA MORILLO, Andrea, *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales. Las llamadas acciones de Wrongful birth y Wrongful life*, op.cit. pp. 501-504.

cabo constituye un indicio lo suficientemente determinante para resolver el juicio fáctico de causalidad⁵⁴⁷.

Siguiendo esta misma línea, se plantea una problemática respecto de aquellos eventos en donde aun habiéndose llevado a cabo dicha prueba diagnóstica, los resultados de la misma no son informados al paciente antes de la fecundación del *nasciturus*. En estos casos difícilmente podríamos hablar de una decisión basada en un resultado no ajustado a la realidad, pues este no ha tenido lugar antes de la fecundación del feto; por lo que cabría preguntarse si de haber existido una conducta ajustada a las reglas del oficio médico, de modo que dichos resultados se hubieran expedido en el marco de un tiempo razonable, habría tenido lugar igualmente la concepción del *nasciturus* o, si por el contrario, esta no se hubiera llevado a cabo.

A efectos de intentar resolver tales cuestionamientos, es necesario distinguir dos supuestos en este estado de las cosas. Hay que diferenciar aquellos casos en donde los indicios de riesgo de la afección en la descendencia futura resultan bajos, aunque lo suficiente para hacer necesaria la recomendación de tales pruebas; de aquellos en donde los indicios resultan preponderantes y significativos, de tal manera que sea considerablemente probable que aquellas anomalías objeto de examen puedan tener lugar en los *concepturus*⁵⁴⁸.

En el primero de los supuestos, no se puede negar la existencia de ciertas probabilidades de actualización de dichas anomalías en la futura descendencia de los pacientes, probabilidades de actualización que constituyen a su vez la razón de ser de la práctica de tales pruebas diagnósticas. Indicios que en ningún caso pueden ser valorados como suficientes para ser determinantes de una decisión tan importante como lo supone la libre procreación futura; es decir, no nos encontramos hablando de aquellos riesgos revelados por parte de una prueba médica específica, que fijan porcentajes concretos en cuanto a la probabilidad de actualización de determinadas anomalías o enfermedades, sino de meras conjeturas que en cualquier caso es necesario verificar o descartar a través de las pruebas médicas correspondientes. De hecho, el comportamiento de los padres se encuentra predeterminado por una línea de pensamiento que, según el normal acontecer de los sucesos, se ubica más en la tendencia a considerar que se obtendrá descendencia sana, que aquella dirigida a que sus hijos padecerán las anomalías o enfermedades cuya probabilidad no resulta ni mucho menos alarmante. En estos eventos, la falta de información respecto de tales resultados se evidencia como la razón de ser de la decisión de obtener descendencia, o simplemente de la falta de aquellos cuidados necesarios para evitar a toda costa un embarazo no deseado. En efecto, resulta lo suficientemente probable que de haberse comunicado a tiempo sobre los riesgos existentes, evidencia que ya no se trataría de una conjetura creada a raíz del proceso de “anamnesis”, sino de evidencias científicas debidamente sustentadas; se hubiese optado por evitar de manera definitiva el proceso de embarazo, pues tal como se señaló en su momento, la realización de un procedimiento diagnóstico de estas características supone por sí mismo la intención de actuar a raíz de los resultados que se arrojen en tales pruebas.

⁵⁴⁷ En el mismo sentido se pronuncia. DE ANGEL YAGÜEZ, Ricardo, “Diagnósticos genéticos y prenatales y responsabilidad (Parte II)”, op.cit. pp. 146-147.

⁵⁴⁸ Clasificando los riesgos de acaecimiento de anomalías o enfermedades en la descendencia futura, teniendo en cuenta su grado de probabilidad. Ver. EMALDI CIRION, Aitziber, op.cit. p. 70.

En lo que respecta al segundo de los supuestos, la cuestión varía ostensiblemente, en tanto que la dimensión de los indicios de afección en la descendencia futura es tan significativa y preponderante que la probabilidad de su actualización resulta elevada. Así, pues, el comportamiento de los padres relativo a la obtención de descendencia futura aun en tales circunstancias, constituye un indicio o circunstancia particular que revela de manera clara y adecuada cuál habría sido la actuación de estos si se les hubiese suministrado a tiempo los resultados de la prueba practicada. Es claro, por tanto, que estos habrían decidido tener en cualquier caso descendencia, pues si bien los indicios de riesgos que a raíz de los antecedentes recogidos es posible evidenciar no rempazan los resultados que arrojan las pruebas médicas diagnósticas, es claro que la dimensión de los primeros en cuanto a su alto grado de probabilidad dan cuenta del alto grado de correspondencia con la verdad que ostentan tales indicios. El hecho de que tal circunstancia concreta no suponga mayor inconveniente para los padres en su idea de obtener descendencia, permite inferir de manera razonada, que ni aun con el suministro de resultados científicos estos habrían actuado de manera diferente⁵⁴⁹. Es precisamente, esta la cuestión a la que hemos venido haciendo referencia, pues son las circunstancias de cada caso en concreto las que finalmente servirán de elementos a partir de los cuales evidenciar cuál puede ser el curso de los acontecimientos que más se acoge a la realidad de los hechos. Por tal motivo, en estos eventos no podríamos hablar de un nexo causal entre el comportamiento negligente del destinatario de la reclamación de responsabilidad y los daños que surgen con posterioridad al nacimiento; a diferencia de lo que ocurriría en el primero de los supuestos citados, en donde es precisamente el comportamiento negligente, consistente en la falta de suministro de dichos resultados, lo que con suficiente grado de probabilidad generaría, en primer lugar, el falso negativo en los padres, así como la decisión de obtener descendencia.

Atendiendo estas consideraciones, es evidente que pueden surgir no pocos casos que se ubiquen en las fronteras de los primeros y segundos supuestos o, en general, en donde resulte realmente complicado determinar qué decisión se habría adoptado por parte del paciente de habersele suministrado un diagnóstico a tiempo, es decir, casos en los que *a priori* no existen indicios lo suficientemente relevantes que permitan afirmar con suficiente grado de probabilidad qué se habría realizado ante dicha situación hipotética. Así las cosas, es igual de probable tanto que se hubiese optado por desistir de procrear de haber conocido de manera formal los riesgos de afección en la descendencia futura, como de continuar igualmente con la intención de procrear, en tal forma que se

⁵⁴⁹ A diferencia de lo que ocurriría si se tratara de un supuesto en donde el comportamiento negligente no versara en la falta de información sobre los resultados de las pruebas sino en la falta de información sobre la existencia de las mismas. Ello es así, en tanto que en estos eventos no existe un conocimiento por parte de los padres de una prueba científica, de manera tal que a partir de ella sea posible confirmar o descartar aquellos riesgos preponderantes que amenazan la descendencia futura. La decisión sobre la obtención o no de descendencia queda sujeta exclusivamente a los indicios, que aunque significativamente relevantes no rempazan la evidencia científica que supone una prueba diagnóstica. Es difícil suponer en este estado de las cosas, que de haberse informado al paciente sobre dichas pruebas y al haberse practicado las mismas se decidiera por obtener descendencia futura, pues ante la evidencia científica correspondiente probablemente no hubiese existido ningún tipo de dudas sobre el alto riesgo que amenazaba al *concepturus*. Es cierto que hablamos de hipótesis y de que puede ser perfectamente posible, aun cuando inverosímil a nuestro modo de ver, que una vez informado de tales resultados los padres decidan asumir dichos riesgos y optar por abortar en caso tal estos se actualicen en fase prenatal, sin embargo, el cúmulo de actuaciones de la pareja (acudir a consulta preconcepciva, hacer patente la intención de practicarse las pruebas preconcepcivas que hagan falta, manifestar su intención de obtener descendencia sana, etc.) evidencian que no es precisamente tal actuar el que resulta más acorde al normal desarrollo de los acontecimientos, por lo que no se trataría de una hipótesis que tenga un alto grado de correspondencia con lo que pudiera ser la verdad de los hechos.

hubiera preferido asumir el riesgo de la afección en la descendencia; con la intención de proceder a abortar si en fase prenatal dicha patología efectivamente se actualiza, o simplemente asumir el riesgo pues también se debe tener en cuenta que la decisión de no obtener descendencia futura puede adquirir fuertes connotaciones para cualquier pareja. En circunstancias específicas como estas, sí cabría hablar de un “curso causal no verificable”, de modo que es evidente la falta de calidad epistemológica de los enunciados fácticos, es decir, existe un margen de incertidumbre tal que no permite ni afirmar ni negar con suficiente grado de probabilidad la existencia de un nexo causal entre aquellos daños que surgen con posterioridad al nacimiento y la conducta médica negligente consistente en no informar a tiempo sobre los resultados de tales pruebas.

En esta tesitura tampoco estimamos acertado resolver el juicio fáctico de causalidad negando la existencia de un enlace causal haciendo referencia a la usual teoría del “todo o nada”, pues al no alcanzarse ese umbral de alta probabilidad se suele optar por rechazar de manera definitiva cualquier tipo de vínculo causal entre el actuar dañoso y el daño inferido, haciendo pesar sobre la víctima la carga de demostrar en todo caso el vínculo etiológico *so pena* de rechazar de plano cualquier obligación de reparación en su favor. Más allá de tal situación, creemos perfectamente oportuno darle aplicabilidad a la “teoría de la pérdida de la oportunidad o de la causalidad probabilística”, de manera tal que se altere la teoría tradicional de la causalidad y se fije responsabilidad en proporción a la probabilidad de que el agente dañoso en efecto haya generado la causación de aquellos daños posteriores al nacimiento del niño⁵⁵⁰. En estos eventos, la decisión final no es más que el resultado de proyectar aquel porcentaje de probabilidad sobre el valor que finalmente se haya fijado como el correspondiente a los perjuicios reclamados, de manera tal que la diferencia que resulte constituirá la medida exacta de la causalidad parcial o proporcional que liga el actuar del sujeto enjuiciado con el perjuicio acaecido⁵⁵¹.

Enfocándonos un poco más en aquellos eventos en donde el actuar médico negligente recae en la falta de recomendación de tales pruebas, naturalmente, cuando estas resultasen indicadas; hay que decir que es precisamente el comportamiento enjuiciado el que imposibilita hablar de la práctica de aquellas pruebas diagnósticas cuya realización suponen por sí solas un indicio significativo en marco del correspondiente juicio causal. Por consiguiente, surge la cuestión relativa a si de no haber mediado la conducta negligente, los padres habrían optado por llevar a cabo la respectiva prueba preconceptiva, para con base en sus resultados tomar la determinación de evitar o desistir de la intención de obtener descendencia. No encontramos un argumento lo suficientemente razonable que justifique la afirmación de que los padres de haber sido informados respecto de tales pruebas diagnósticas, igualmente no habrían decidido llevarlas a cabo, o aquella relativa a que no existen indicios suficientes para inferir cuál habría sido la manera de proceder de estos ante tal situación hipotética. Recordemos que aun cuando los padres no cuenten con la oportunidad de llevar a cabo la referida prueba, no es menos cierto que estos sí acuden o solicitan la prestación de un servicio médico que de alguna u otra manera pueda resolver las inquietudes y sospechas existentes.

⁵⁵⁰ Manifestándose a favor de aplicar la doctrina de la pérdida de la oportunidad en estas concretas circunstancias (incertidumbre causal estricta), pero rechazando la idea de que se trate de una doctrina que altera la teoría tradicional de la causalidad. GASCÓN ABELLÁN, Marina, “La oportunidad perdida, responsabilidad, causalidad, probabilidad. A propósito de algunas tesis de Luis Medina Alcoz”, op.cit. pp. 191-201.

⁵⁵¹ MEDINA ALCOZ, Luis, “La responsabilidad proporcional como respuesta a la incertidumbre causal: ¿Problema de daño, de causa o de prueba? A propósito de las observaciones de Marina Gascón Abellán”, op.cit. p.209.

Atendiendo a aquellas reglas de la experiencia y del buen sentido a las que aquí hemos venido haciendo referencia, como las herramientas a utilizar para resolver el juicio de causalidad fáctica, no se entendería un eventual rechazo por parte de los padres a practicarse una prueba que contribuya a la finalidad por la cual estos han acudido a consulta, máxime que se trata de exámenes o pruebas que por lo general no implican ningún tipo de riesgo moderado en la salud del paciente⁵⁵². Es decir, el curso normal de los acontecimientos indica que de haberse informado respecto de la existencia de las referidas pruebas, estos con suficiente grado de probabilidad hubiesen optado por proceder a su práctica y, por consiguiente, habrían decidido abstenerse de ejercer positivamente su derecho a la procreación. Es claro, que se trata de una cuestión netamente probabilística, pues no podríamos hablar de certezas, pero resulta verosímil entender que una vez practicadas este tipo de pruebas aquellas habrían arrojado resultados que indicasen al menos con alto o moderado grado de probabilidad el acaecimiento de la enfermedad o anomalía en la descendencia futura. En consecuencia, debe entenderse que ante este tipo de situaciones los padres hubiesen actuado en un sentido específico, a saber, tomar la determinación definitiva de no obtener descendencia futura, al menos no de forma natural, de manera pues que se habrían evitado aquellos daños que surgen con posterioridad al nacimiento en condiciones de malformación.

En cualquier caso, debe dejarse en claro que no se trata de llegar a conclusiones que resulten absolutas, de manera tal que no haya lugar a modulaciones o elucubraciones que a partir de las circunstancias concretas de cada supuesto sea posible formular. Es precisamente de la información que se logre allegar formalmente de lo que dependerá en gran medida la sostenibilidad y consistencia de las premisas y enunciados fácticos que se busquen acreditar. Así, es perfectamente posible que del material probatorio que se haya acreditado en juicio se obtengan pruebas fehacientes de que aun cuando no hubiese existido ningún tipo de infracción a la “lex artis ad hoc”, los padres de igual manera habrían decidido obtener descendencia, caso en el cual, no podría hablarse ni de la existencia de una relación de causalidad, ni de un supuesto propio de incertidumbre causal, pues está perfectamente acreditado que la conducta médica no incidió en ninguna medida en los daños que finalmente se produjeron. Se trata de circunstancias en donde, dada la existencia de particularidades propias del supuesto, es fundamental efectuar un juicio disímil al que sugeriría, en estricto sentido, el normal devenir de los acontecimientos.

En resumen, puede concluirse que en el marco de los procedimientos diagnósticos preconceptivos, en términos generales, es perfectamente posible afirmar la existencia de un vínculo etiológico entre la conducta médica negligente y aquellos daños que surgen con posterioridad al nacimiento del niño. Sin embargo, ello no quiere decir que no puedan existir determinadas circunstancias, tal como se ha venido señalando, en donde es posible que tales indicios no arrojen la suficiente probabilidad para entender por acreditada la existencia de un curso causal verificable o, por el contrario, que de dichas circunstancias sea posible verificar que la conducta enjuiciada no incidió desde ningún punto de vista en el acaecimiento de los perjuicios por los cuales se reclama. Supuestos más bien excepcionales, en donde cabría aplicar la teoría de la causalidad probabilística a la que en epígrafes anteriores hemos hecho referencia si nos encontramos ante cursos causales no verificables, o definitivamente rechazar cualquier reclamación de

⁵⁵² Sobre esta cuestión. Ver. EMALDI CIRION, Aitziber, op.cit. pp. 70-78.

responsabilidad civil o patrimonial por determinar con suficiente grado de probabilidad la inexistencia de un vínculo etiológico.

En lo que hace referencia a los procedimientos relativos a los diagnósticos preimplantatorios, la cuestión a efectos de determinar el nexo de causalidad puede variar ostensiblemente según cual sea la conducta negligente que se haya desplegado.

En consecuencia, la falta de información por parte del profesional médico correspondiente sobre la existencia de pruebas genéticas preimplantatorias, podría ser constitutiva de responsabilidad civil o patrimonial si estas resultan clínicamente indicadas o en aquellos supuestos en donde tal indicación ha sido preestablecida por normas jurídicas que regulan la práctica de las mismas, como en efecto sucede en países como España y Francia.

Pese a ello, no es posible afirmar que tal actuar negligente se proyecte, atendiendo a las reglas propias de la experiencia y del buen sentido, como el evento generador de aquellos perjuicios que surgen con posterioridad al nacimiento, en tal forma que no es posible determinar cuál habría sido la conducta de los padres de haberseles informado sobre tales pruebas. No es posible afirmar que habiéndoseles suministrado tal información, el paciente hubiese aceptado llevarla a cabo, por lo que resulta también perfectamente posible que aun cuando el profesional médico hubiese actuado correctamente el niño igualmente habría nacido en condiciones de discapacidad. En estos casos, si bien no resultaría acertado rechazar de plano la existencia de un vínculo etiológico, pues se trata de los mismos supuestos a los que anteriormente hicimos referencia -incertidumbres causales-, tampoco puede relajarse el estándar probatorio hasta tal punto en el que sin alcanzarse aquel umbral de probabilidad suficiente se puedan afirmar vínculos etiológicos que resultan totalmente inverificables⁵⁵³. Es evidente que la solución más adecuada pasa por otorgarle aplicabilidad a la teoría de la causalidad probabilística o de la pérdida de la oportunidad, a efectos de que se vincule la responsabilidad civil o patrimonial de quien corresponda a causa de la conducta negligente del profesional de la salud. Así las cosas, si el porcentaje de probabilidad de que la conducta enjuiciada haya constituido “condicio sine qua non” en la producción del daño resulta ser de un 43%, tal porcentaje probabilístico será el que se proyectará en la indemnización definitiva, de modo que si el monto indemnizatorio total de los perjuicios ocasionados obedece a una suma determinada, es solo esa cifra porcentual la que equivale a la cuota de responsabilidad a la que se debe hacer frente.

Con la finalidad de continuar el estudio de la relación de causalidad respecto de los daños posteriores al nacimiento en el marco de los procedimientos diagnósticos preimplantacionales, es fundamental analizar aquellos eventos en donde el

⁵⁵³ Tal parece ser esta la solución adoptada por parte de este autor frente al problema de los “cursos causales no verificables” o “incertidumbres causales estrictas”, quien señala que la doctrina de la pérdida de la oportunidad no es más que una doctrina que está llamada a suavizar el estándar probatorio, advirtiendo al tiempo sobre la necesidad de modular las consecuencias jurídicas propias de dicha rebaja. Es decir, fijar la indemnización en proporción al grado de probabilidad con el que se afirma el nexo causal. GASCÓN ABELLÁN, Marina, “La oportunidad perdida, responsabilidad, causalidad, probabilidad. A propósito de algunas tesis de Luis Medina Alcoz”, op.cit. pp. 198-199. Es posible ubicar en el marco de esta línea argumentativa las afirmaciones que respecto de la doctrina de la pérdida de la oportunidad efectúa esta autora. Ver. SEVERI, Cristina, “Perdita di “chance” e danno patrimoniale risarcibile”. Citado por MEDINA ALCOZ, Luis, *Teoría de la Pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*, op.cit. p. 421.

comportamiento negligente consiste no ya en la falta de información sobre la prueba diagnóstica, sino en la producción errónea del diagnóstico preimplantatorio. Vale recordar que tal producción errónea debe encontrarse acompañada necesariamente de tal actuar negligente según las reglas del oficio médico, en tal forma que el mero diagnóstico erróneo no constituye razón suficiente para descalificar la conducta médica correspondiente⁵⁵⁴. El juicio fáctico de causalidad en estos eventos no parece tener mayor inconveniente, en tanto que es precisamente el actuar negligente de aquellos quienes intervienen en la producción del diagnóstico -teniendo en cuenta tal como se señaló, que el margen de participación atendiendo a las circunstancias concretas de estos procedimientos se ve ostensiblemente reducido- la condición fundamental en la cadena de acontecimientos que producen los perjuicios que surgen con posterioridad al nacimiento. La creación de un falso negativo en la representación de la realidad del paciente o la pareja, es lo que genera un actuar distinto al que probablemente tendría lugar de no haber mediado la conducta que se reprocha. De haberse actuado con arreglo a las reglas del oficio médico, con absoluta probabilidad no se habría desencadenado el diagnóstico erróneo que oculta las anomalías existentes en el embrión y, por lo tanto, muy improbablemente se habría llevado a cabo el nacimiento en circunstancias de discapacidad, pues las reglas de la lógica y la experiencia indican que de haber conocido los padres o la madre, según cual sea el caso, las anomalías existentes en el embrión *in vitro*, estos no habrían accedido a su transferencia.

Pretender darle cabida a argumentos dirigidos a negar cualquier incidencia causal entre este concreto actuar negligente y los perjuicios posteriores al nacimiento, supone un rechazo a los criterios propios de la sana crítica, a la normal valoración de las decisiones humanas, a las reglas propias del buen sentido; en definitiva, supone un atentado en contra de aquellos criterios que deben ser tenidos en cuenta para la obtención de decisiones verdaderamente razonables y fundamentadas. La producción de un diagnóstico ajustado a la realidad de los hechos, en el normal desarrollo de los acontecimientos habría evitado la producción de los daños por los cuales se reclama, en tal forma que el nacimiento en tales circunstancias no habría tenido lugar, toda vez que muy difícilmente se habría aceptado la transferencia de un embrión anómalo, pues es precisamente el evitar tal situación lo que en normales circunstancias impulsa la realización de este procedimiento diagnóstico⁵⁵⁵.

Como conclusión de lo anteriormente analizado, debe afirmarse en fase preimplantatoria la relación de causalidad con respecto de los daños posteriores al nacimiento en condiciones de malformación, siempre y cuando se tengan en cuenta las distintas consideraciones efectuadas. Así, la afirmación de la causalidad en aquellos supuestos en donde el comportamiento negligente consiste en la falta de información

⁵⁵⁴ Destacando que los resultados de estas pruebas preimplantacionales pueden encontrarse alterados a causa de errores en cuanto a su interpretación, así como de aquellos tipográficos o administrativos en la transferencia de información. Ver. LÓPEZ DE ARGUMEDO GONZÁLEZ DE DURANA, Marta; AGUIRRE ESCOBAL, Ana; ALKORTA IDIAQUEZ, Itziar; CANTERO GONZÁLEZ, David; GUTIERREZ IGLESIAS, María; TEJADA MÍNGUEZ, María, “Diagnóstico Preimplantacional de portadores de cromosoma X Frágil y otros trastornos hereditarios en Técnicas de Fecundación Artificial”, *Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco*, Departamento de Sanidad (Vitoria-Gasteiz), 2004, p. 85.

⁵⁵⁵ Corroborando tal enunciado fáctico como el que más se corresponde con el normal acontecer de las circunstancias, aun cuando destaca que de manera excepcional y rara, es posible identificar algunos casos puntuales en donde una vez se conozca el estado de los embriones anómalos a transferir, la pareja decida, aun en tales circunstancias, continuar con el procedimiento. *Ibíd.* pp. 100-101.

sobre la existencia de pruebas diagnósticas preimplantacionales hace referencia a la causalidad probable (teoría de la causalidad probabilística – teoría de la pérdida de la oportunidad). Por su parte, en aquellos supuestos en donde el comportamiento negligente consiste en la producción errónea del diagnóstico preimplantacional, sí que resulta posible afirmar la etiología real o material de conformidad con la teoría tradicional de la causalidad entre este y aquellos daños posteriores al nacimiento.

7.1.2.2 La relación de causalidad en la fase prenatal

La cuestión que se ha de estudiar en el presente epígrafe hace referencia al grado de incidencia causal que ostentaría el actuar médico negligente (falta de información sobre pruebas diagnósticas prenatales, producción de diagnósticos erróneos, información extemporánea respecto de los resultados de las pruebas ...) en el nacimiento y, por consiguiente, en la producción de los daños que surgen a partir de este hecho. En consecuencia, para acreditar la existencia de un nexo causal en estos supuestos concretos es necesario demostrar que el curso causal de los acontecimientos que inicia con la concepción, bien sea natural o artificial, continua con la intervención del profesional o profesionales médicos y finaliza con la producción del nacimiento.

El curso normal de los acontecimientos sugiere que una vez se produce la fecundación del embrión, se lleva a cabo el desarrollo del embarazo hasta la ocurrencia del nacimiento. No obstante, en el marco de estos supuestos es la intervención positiva o negativa del profesional médico condición fundamental en la producción del daño, de modo que es precisamente tal conducta reprochable un presupuesto necesario en la producción del nacimiento, pues de no haber mediado la misma este no se habría producido. Tal afirmación, sin embargo, introduce un cúmulo de dificultades que han sido puestas de manifiesto por parte de diversos autores que han estudiado el tema, de manera, pues, que se parte de la base que de haber mediado una conducta médica diligente, la gestante habría procedido a dar por finalizado su proceso de embarazo, por lo que se afirma que fue precisamente el actuar médico negligente lo que generó en realidad el nacimiento.

Tal como se ha venido afirmando, la interrupción voluntaria del embarazo adquiere en el marco de estos supuestos una importancia determinante para efectuar el juicio fáctico de causalidad. En ordenamientos jurídicos como el nuestro, en donde el derecho a interrumpir voluntariamente el embarazo se encuentra restringido solo a supuestos específicos, el juicio de causalidad fáctica debe llevarse a cabo teniendo en cuenta tal situación, de manera, pues, que la intervención médica negligente haya evitado la posibilidad de que la gestante hubiese hecho efectivo su derecho a interrumpir voluntariamente el embarazo.

En este orden de ideas, la cuestión puede resultar un poco más compleja que la que hace referencia a los supuestos de diagnósticos preconceptivos y preimplantatorios, de suerte que en esta ocasión los enunciados fácticos que integran el curso causal (hipotético) que afirma o rechaza la producción de perjuicios posteriores al nacimiento, dada la incidencia personal que adquieren en algunos casos pueden no resultar susceptibles de una verificación científico-natural. De hecho, la acreditación de tales enunciados no siempre resulta efectiva aun haciendo uso de las reglas de la experiencia y del buen sentido, en tanto que dadas las circunstancias de cada caso es posible que la afirmación de dichos cursos causales resulte cuanto menos incierta. No obstante, afirmar

a título general que el presupuesto de la causalidad falla respecto de estos daños en estos supuestos específicos supone una extralimitación que no puede ser admitida desde ningún punto de vista⁵⁵⁶. Cuestión distinta sería afirmar la inexistencia de un vínculo etiológico en aquellos supuestos excepcionales en donde debido al acaecimiento de indicios o circunstancias específicas se pueda descartar que el actuar médico negligente ha incidido en la decisión que finalmente tomó la gestante al continuar con su proceso de embarazo. En consecuencia, cuando tales cursos causales hipotéticos que afirman o rechazan la producción de los perjuicios posteriores al nacimiento no resulten lo suficientemente probables de conformidad con los estándares de prueba propios del sistema de responsabilidad civil, nos encontramos con lo que la doctrina ha coincidido en denominar como “cursos causales no verificables”, denominación que no puede ser utilizada de forma general, pero que dadas las circunstancias propias de cada supuesto, podría llegar a tener mayor validez en aquellos eventos en que sea posible hablar de “incertidumbres causales estrictas”.

Es evidente que la decisión de la gestante de qué habría hecho en caso de habersele suministrado la información sobre las anomalías que afectaban al feto es una hipótesis, de ninguna manera constituye una certeza. No sería prudente afirmar a título de verdad absoluta que la gestante habría actuado de una u otra manera, pues mientras existiese la posibilidad de actuar de forma diferente, esta aunque remota, pudo haberse manifestado en caso de que mediara un comportamiento médico diligente. Partiendo de la idea de que en términos generales no resulta adecuado hablar de certezas o verdades absolutas, sí resulta posible atendiendo a la existencia de indicios y circunstancias particulares determinar en no pocos casos con grado suficiente de probabilidad cuál habría sido la decisión de la gestante. En efecto, tal grado de probabilidad en cuanto a la conducta que hubiese desplegado la gestante de haber conocido el estado real del feto resulta significativamente útil en el juicio de causalidad, pues permite enlazar causalmente enunciados fácticos que a simple vista parecen estar desconectados. Nos encontramos ante una situación en donde la prueba indiciaria cobra una importancia vital, pues ante las características de estos supuestos, para acreditar la incidencia etiológica que pudo haber tenido la conducta médica negligente en el curso de los acontecimientos, es necesario acudir a hipótesis que permitan otorgar luces a este respecto.

Aspectos tales como la trayectoria individual de la gestante, las declaraciones que esta efectúe respecto de la conducta que hubiese llevado a cabo, y las distintas pruebas o elementos probatorios que existan en el expediente jurídico y que revelen determinadas particularidades sobre la incidencia del falso negativo en el actuar de la madre, son los que dotarán a la decisión que finalmente se adopte en cuanto al juicio etiológico, de aquella razonabilidad y verosimilitud que exige un juicio crítico y científico. No estamos de acuerdo en señalar alguno de estos aspectos como el elemento fundamental a tener en cuenta en el estudio de este presupuesto, como en efecto parece ser la posición de algunos autores, sino que aun ante la ausencia de alguna de estas pruebas específicas, como podría suceder en los supuestos de “wrongful life” ante la imposibilidad de obtener la declaración de la madre de que esta habría abortado de haber conocido las malformaciones existentes en el feto, sea posible llegar a afirmar con base en elementos

⁵⁵⁶ Tal es precisamente la posición de este autor, aun después del cúmulo de fallos que en la jurisprudencia española es posible identificar en la actualidad. Sentencias en las que se fijan condenas en el marco de estas reclamaciones a causa de la producción de perjuicios posteriores al nacimiento. Ver. MACÍA MORILLO, Andrea, “El tratamiento de las acciones de wrongful birth y wrongful life a la luz de la nueva ley sobre interrupción voluntaria del embarazo”, op.cit. pp.95-96.

probatorios de diversa índole que existe un vínculo etiológico entre la conducta que se enjuicia y los perjuicios por los que se reclama.

Tal como hemos venido desarrollando nuestro estudio, estimamos acertado iniciar este análisis abordando estos supuestos de hecho desde las distintas modalidades que por lo general puede adoptar la conducta médica negligente. Así, pues, cuando el actuar negligente hace referencia a la falta de información sobre la prueba diagnóstica, que según las reglas del oficio médico se estima indicada⁵⁵⁷, es posible encontrar dificultades añadidas a las ya existentes, pues en la fijación formal del curso de los acontecimientos es necesario agregar un dato fáctico adicional sin el cual difícilmente podría afirmarse o rechazarse una etiología real o material. La falta de información en estos eventos no se predica de la no advertencia sobre la enfermedad o anomalía existente en el feto, sino de la ausencia de comunicación respecto de la disponibilidad y utilidad de la correspondiente prueba diagnóstica para descartar o confirmar las sospechas existentes. No obstante, si bien existe desde todo punto de vista una afrenta en contra de las reglas propias de la “lex artis ad hoc”, no es menos cierto que desde el punto de vista causal la cuestión no parece resultar tan pacífica. Los riesgos inherentes a estos tipo de pruebas diagnósticas prenatales –aquellas en las que se utilizan técnicas de tipo invasivo- dificultan la sostenibilidad y consistencia de la hipótesis que asegura que de haberse comunicado sobre la existencia de dichas pruebas, necesariamente la gestante habría optado por su práctica y, por consiguiente, habría sido informada sobre las anomalías existentes en el feto. Desde esta óptica, no solo debe analizarse la cuestión relativa a si la madre habría decidido abortar o no de haber conocido dichas anomalías. También ha de ser necesario verificar si la gestante de haber sido informada de la existencia de tales pruebas, hubiese accedido a llevar a cabo su práctica, pues no olvidemos que no se tratan de meras pruebas como las que pueden llevarse a cabo en el marco de los diagnósticos preconceptivos, sino de aquellas cuyo grado de riesgo tanto para la salud de la gestante como para el desarrollo adecuado del feto resulta cuanto menos moderado.

A la luz de la normal valoración de las decisiones humanas, es difícil afirmar sin ningún tipo de dato fáctico o indicio extraordinario que lo permita, que de haberse comunicado a la gestante sobre la existencia de pruebas diagnósticas prenatales esta habría optado por su práctica aun a pesar de los riesgos inherentes a las mismas. No es desacertado señalar que existen infinidad de casos en donde se manifiestan negativas a llevar a cabo este tipo de prácticas aun a pesar de lo eficiente que pueden llegar a ser sus resultados, pues en ocasiones y atendiendo a las pruebas diagnósticas de que se traten, los riesgos pueden llegar a ser tan elevados que no ameritan ser asumidos por sospechas que en principio ostentan un grado relativamente bajo de actualización. Es decir, se tratan de decisiones que pertenecen en última instancia a la pareja o, en su defecto, a la gestante propiamente dicha. Determinaciones que pueden variar en función del grado de probabilidad de actualización de tal anomalía en el feto, pues las reglas del buen sentido indican que entre mayor sea la probabilidad de afectación mayor será la posibilidad de que la gestante acceda a practicarse la correspondiente prueba prenatal. Sin embargo, esto por sí solo no resulta un indicador suficiente, en tal forma que el temor a generar discapacidades inexistentes en el *nasciturus* a causa de la realización de estos procedimientos puede llevar a dudar a la gestante sobre si vale la pena proceder a este

⁵⁵⁷ Calificando este actuar específico como uno de aquellos en los que puede incurrir el profesional médico en el marco de este tipo de supuestos. EMALDI CIRION, Aitziber, op. cit, pp. 42 y 237; VICENTE DOMINGO, Elena, “El Daño”, op.cit. p. 303.

tipo de procedimientos cuando también existe la posibilidad no poco probable de que el feto se encuentre en óptimo estado de salud. Entendemos que en estos eventos nos encontramos ante incertidumbres causales estrictas que deben ser solventadas a través de la teoría de la causalidad probabilística, de modo que se imponga al agente dañoso la responsabilidad parcial en proporción al grado de probabilidad que exista de que su conducta haya constituido condición “sine qua non” en la producción de los perjuicios. Por consiguiente, se afirmaría la existencia de un vínculo etiológico pero no dándole aplicabilidad a la teoría tradicional de la causalidad, sino otorgándole aplicabilidad a la teoría de la causalidad parcial o probabilística, pues lo que se está imputando es la causa probable de que tales perjuicios han sido generados por la conducta negligente enjuiciada.

No obstante, encontramos perfectamente posible que las particularidades propias de cada supuesto permitan otorgar determinados indicios, los cuales revelen de manera razonable mayores datos fácticos a efectos de determinar cuál habría sido la decisión de la gestante en torno a la realización de estas pruebas diagnósticas. Así, pues, la alta probabilidad respecto del padecimiento de cualquier anomalía grave en el feto, puede constituir un indicio lo suficientemente relevante de que la madre necesariamente habría optado por llevar a cabo la prueba prenatal correspondiente, mientras que aquella probabilidad nula o muy deficiente, naturalmente generaría un efecto contrario, en tanto que no resultaría lógico que se asumieran los riesgos evidentes de estos tipos de pruebas cuando la eventual actualización de tales anomalías resulta especialmente mínima. En estas circunstancias, en principio, no podríamos hablar de incertidumbres causales estrictas, de modo que los indicios existentes revelan con suficiente grado de razonabilidad la conducta hipotética que habría desplegado la gestante en caso de no haber mediado el actuar negligente por el que se imputa responsabilidad. Por tanto, una vez se haya obtenido suficiente calidad epistemológica en lo referente a los datos fácticos relativos a esta cuestión, es necesario determinar con suficiente grado de razonabilidad la “questio facti” común a estos tipos de supuestos: habría la gestante interrumpido voluntariamente su proceso de embarazo de haber mediado un comportamiento médico diligente? Este cuestionamiento lo abordaremos a continuación de manera conjunta con las otras modalidades que estimamos puede adoptar el actuar negligente del profesional o profesionales de la salud que intervienen en el proceso de diagnóstico.

En lo que respecta a las conductas negligentes que hacen referencia a *la falta de información o información extemporánea sobre los resultados de la prueba diagnóstica, a la falta de realización propiamente dicha de la misma*, no ya por no haberse comunicado sobre su existencia sino porque esta se haya realizado extemporáneamente, o porque simplemente no se realizó en el momento indicado, y a *aquellos comportamientos que derivan en la producción defectuosa de los diagnósticos llevados a cabo*; el juicio de causalidad fáctica se reconduce directamente a la decisión hipotética de si la gestante habría o no abortado de haberse llevado a cabo un diagnóstico a tiempo o de habersele suministrado un diagnóstico ajustado a la realidad. Esta cuestión también resulta de significativa importancia en aquellos supuestos relativos a la falta de información sobre la existencia de pruebas diagnósticas prenatales, pues resolver tal cuestionamiento fáctico es lo que permitirá finalmente determinar la acreditación o no de un enlace etiológico entre la conducta que se reprocha y los perjuicios posteriores al nacimiento.

Partiendo de la base de que nos encontramos hablando de hipótesis que pueden gozar de mayor o menor razonabilidad en función de las distintas particularidades propias de cada supuesto, a continuación se otorgarán algunas consideraciones generales a la luz de las reglas de la lógica y del buen sentido, con miras a determinar si la existencia de cursos causales que afirman la producción de perjuicios posteriores al nacimiento gozan de un grado suficiente de verosimilitud y razonabilidad.

En supuestos de hecho en donde en efecto se llevan a cabo las pruebas diagnósticas prenatales a través de técnicas invasivas⁵⁵⁸ o que sin haberse practicado existen elementos probatorios que permitan inferir lógicamente que se habría realizado, los indicios que pueden ayudar a revelar qué decisión habría tomado la gestante en torno a la interrupción del proceso de embarazo resultan ampliamente significativos⁵⁵⁹. La mera autorización de llevar a cabo este tipo de pruebas y, consecuentemente, la realización propiamente dicha, revelan por sí mismas que la madre de haber conocido las enfermedades que aquejan al feto habría llevado a cabo la interrupción voluntaria del embarazo⁵⁶⁰. No se entendería que en ordenamientos jurídicos en donde se autoriza la interrupción voluntaria del embarazo la madre accediera a efectuarse pruebas que podrían alcanzar altos porcentajes de riesgo no solo para la salud del feto sino también para la gestante⁵⁶¹ con el mero objetivo de satisfacer su curiosidad. En consecuencia, la hipótesis relativa a que la madre habría interrumpido voluntariamente su proceso de embarazo de no haber mediado un comportamiento negligente goza de gran razonabilidad, y resulta a la luz de las reglas de la lógica y la experiencia como la hipótesis más verosímil y ajustada al normal desarrollo de los acontecimientos. En ordenamientos jurídicos en donde el aborto se encuentra permitido a título general o, en su defecto, solo bajo la ocurrencia de determinados supuestos en donde se incluya el aborto embriopático, no tendría sentido que la realización de pruebas diagnósticas prenatales, principalmente aquellas que revisten de mayor grado de riesgo, se encuentren desprovistas de la intención de hacer efectivo el derecho a interrumpir voluntariamente el embarazo en caso de que se confirmen las sospechas que incentivaron la realización de la prueba médica.

En ordenamientos jurídicos como el nuestro, la cuestión puede resultar un poco más confusa si tenemos en cuenta las dificultades existentes en la actualidad en lo referente al tema del aborto. Sin embargo, esto no es óbice para señalar que estos cursos causales que afirman la producción de perjuicios posteriores al nacimiento gozan de igual grado de verosimilitud que en ordenamientos jurídicos como el español. Así, pues, los diagnósticos que revelen enfermedades graves e incurables, las cuales atentan en contra de la idea de vida no desde su perspectiva biológica sino desde aquella que

⁵⁵⁸ En eventos en donde las pruebas prenatales no resultan riesgosas, como en efecto sucede con aquellas pruebas cuya técnica de realización no resultan invasivas, la situación debe abordarse desde otra perspectiva, pues el acceso a algunas de estas pruebas suele ser incluso rutinario.

⁵⁵⁹ Señalando de manera expresa que el hecho de que la gestante se someta a una prueba diagnóstica prenatal para la identificación de posibles anomalías cromosómicas, ostenta de manera invariable un solo sentido lógico, a saber, decidir a la luz de los resultados de la misma una posible interrupción voluntaria del embarazo. Ver. STS, Sala Primera, de 21 de diciembre de 2005, 10149/2005.

⁵⁶⁰ En este mismo sentido se pronuncia. DE ANGEL YAGÜEZ, Ricardo, "Diagnósticos genéticos y prenatales y responsabilidad (Parte II)", op.cit. pp. 151-152.

⁵⁶¹ Algunas pruebas como la amniocentesis generan riesgos de abortos espontáneos de hasta el 1 y 2%, así como hemorragias en la gestante, y, aunque en menor medida, riesgos de punción en el feto. Por otra parte, pruebas como la biopsia de vellosidades coriales pueden generar riesgos de abortos de hasta un 4% aproximadamente, desprendimiento de placenta, entre otros. EMALDI CIRION, Aitziber, op.cit. pp. 136-138.

concibe la existencia humana a partir de unos mínimos de dignidad, autorizan tal como se señaló en su momento el ejercicio positivo del derecho a interrumpir voluntariamente el embarazo. No sería acertado señalar que la madre no habría podido abortar en cualquier caso a pesar de estar autorizado en el ordenamiento jurídico, como podría pensarse dadas las dificultades actualmente existentes en la práctica médica colombiana para llevar a cabo este tipo de procedimientos. No obstante, en la actualidad la práctica de abortos legales ha sido una constante y, cada vez más, las actividades tendientes a obstaculizar estos derechos personalísimos de las mujeres se han ido reduciendo, por lo que pretender afirmar que aun cuando la gestante haya ostentado el derecho a abortar esta probablemente no lo habría llevado a cabo, pues los profesionales médicos lo habrían impedido; supone un raciocinio que carece no solo de absoluta razonabilidad sino además de cualquier sentido lógico.

Un juicio adecuado exige que las elucubraciones y consideraciones que se efectúen sigan los parámetros mínimos de la sana crítica, de modo que presumir la gestión infractora por parte de los profesionales de la salud en el ejercicio de sus funciones no parece corresponderse con un juicio fundamentado en lo que algunos autores han denominado el criterio de la razonable verosimilitud⁵⁶². Por el contrario, estimamos que siempre y cuando se den los indicios de rigor, es perfectamente probable que la gestante hubiera accedido a los servicios de salud reproductiva, concretamente a los servicios de IVE, de no haberse evidenciado la conducta que se reprocha. Es posible concluir, y solo en términos generales, que en aquellos eventos en donde en virtud de la realización de estas pruebas diagnósticas prenatales se le hubiese informado a la gestante sobre las anomalías graves e incurables que afectan al *nasciturus*, esta habría dado a conocer al profesional médico correspondiente su intención de acceder a estos servicios reproductivos específicos, por lo que previa verificación y cumplimiento de los requisitos exigidos para hacer efectiva la interrupción del embarazo, este con suficiente grado de probabilidad se habría llevado a cabo, evitando así el nacimiento en condiciones de discapacidad. Resulta casi fantasioso imaginar que la existencia de un diagnóstico que arroje el padecimiento de enfermedades graves e incurables, las cuales tal como se señaló resultan incompatibles con la idea de vida en condiciones mínimas de dignidad, sean puestas en dudas como enfermedades aptas para interrumpir voluntariamente el embarazo, máxime cuando de la práctica médica colombiana se ha logrado verificar como se han venido autorizando abortos embriopáticos por anomalías que si bien resultan apremiantes no ostentan aquel grado de gravedad que podría ostentar una miopatía de Duchenne (distrofia muscular) o enfermedades como la Corea de Huntington.

Al igual que este indicio en específico (la práctica de la prueba diagnóstica prenatal en sí misma), pueden surgir un cúmulo de circunstancias que también contribuyen a dotar de razonabilidad -aunque en menor medida- a la fijación formal de aquellos cursos causales que afirman la producción de perjuicios posteriores al nacimiento. La declaración efectuada por parte de la gestante en donde asegura que esta habría abortado de no haber mediado la negligencia en el actuar médico, es sin duda alguna, un elemento que no puede dejar de ser tenido en cuenta en el juicio causal, pues si bien por sí solo no resulta a nuestro juicio un elemento probatorio lo suficientemente válido para hablar de la existencia de un nexo etiológico, sí puede constituir un presupuesto que contribuya a tal efecto. Así mismo, circunstancias tales como la relativa

⁵⁶² DE ANGEL YAGÜEZ, Ricardo, “Diagnósticos genéticos y prenatales y responsabilidad (Parte II)”, op.cit. p. 152.

a los distintos abortos a los que se hubiese sometido la gestante antes de mediar el actuar médico negligente, o la existencia de elementos probatorios documentales o testimoniales que acrediten la disposición de la gestante de haber abortado, también pueden constituir elementos validos a partir de los cuales inferir lógicamente que esta habría abortado en el curso normal de los acontecimientos. No obstante, este tipo de particularidades pueden variar de conformidad con cada caso en específico, sin que sea posible señalar que la existencia de una de ellas constituye la prueba sin la cual no resulta posible acreditar un enlace etiológico en el marco de estos supuestos⁵⁶³.

Estimamos igualmente fundamental atender a los distintos elementos que pueden otorgar una mayor claridad en el juicio de causalidad fáctica. Si bien es cierto que la realización de dichas pruebas diagnósticas constituyen *per se* un indicio significativo como para afirmar con suficiente probabilidad que la gestante habría abortado, no es menos cierto que tal dato fáctico acompañado de algunos otros -las variadas declaraciones de la gestante de que jamás se practicaría abortos ni aun en eventos relacionados con malformaciones, su pertenencia a congregaciones religiosas como los testigos de jehová o cualquier otra circunstancia que permita descartar que de haberse efectuado un diagnóstico ajustado a la realidad esta habría abortado- podrían perfectamente conducir a hipótesis totalmente opuestas. Es decir, desde negar la existencia de un nexo causal hasta hablar de cursos causales no verificables. En efecto, son sumamente fundamentales las circunstancias particulares de cada supuesto a efectos de verificar las hipótesis que resultan más acordes con la realidad de los hechos. En resumen, debe dejarse en claro que si en ocasión a la manifestación de este tipo de circunstancias específicas resulta especialmente complicado decantarse por ciertas hipótesis, debe necesariamente abrirse paso a la teoría de la causalidad probabilística a efectos de otorgar soluciones más equitativas y más acordes con los principios tanto de justicia material como de reparación integral. En consecuencia, la teoría de la pérdida de la oportunidad y la concepción causal que lleva incorporada, constituyen la solución más adecuada para enfrentar las incertidumbres causales estrictas propias de este tipo de supuestos, de modo que la falta de calidad epistemológica en cuanto a los antecedentes causales que integran el curso de los acontecimientos no se convierta en una carga que deba ser asumida en exclusiva por la víctima.

Atendiendo a todo lo anteriormente esbozado, debe afirmarse que en términos generales el presupuesto de la causalidad en el marco de los procedimientos diagnósticos prenatales respecto de aquellos perjuicios posteriores al nacimiento resulta verificable⁵⁶⁴. Atendiendo a los criterios propios de la razonable verosimilitud, la disposición de la gestante de practicarse pruebas genéticas prenatales, las cuales por lo general en el marco de estos supuestos suelen ser a través de técnicas invasivas, o su práctica propiamente dicha, evidencian la intención u objetivo de esta en caso de un diagnóstico positivo. Por otra parte, cuando el actuar médico negligente haga referencia a la falta de información sobre las pruebas diagnósticas prenatales, el curso normal de los acontecimientos, salvo

⁵⁶³ Tal como se ha puesto de manifiesto, uno de los grandes aportes de la jurisprudencia española ha sido precisamente tratar de consolidar esta línea argumentativa. Es interesante resaltar la relevancia de esta sentencia en el desarrollo de este tipo de reclamaciones, pues es una de las primeras que empieza a rechazar de manera categórica ese criterio de la prueba reina en el juicio de causalidad. Ver. STS, Sala Primera, de 21 de diciembre de 2005, 10149/2005.

⁵⁶⁴ Llegando a la misma conclusión, aunque dejando en claro que se trata de una cuestión probatoria. GIESEN, Ivo, "Of wrongful birth, wrongful life, comparative law and the politics of tort law systems", op.cit. p. 265-266.

aquellas circunstancias excepcionales anteriormente señaladas, apunta a la existencia de cursos causales difíciles de verificar, por lo que hablar de la afirmación o negación de un enlace causal resulta cuanto menos arbitrario. Así, pues, la solución pasa por otorgarle aplicabilidad a la teoría de la causalidad probabilística (pérdida de la oportunidad), la cual a partir de la afirmación de causalidades parciales o proporcionales evita que se lleguen a soluciones definitivas e injustas como las que pudieran manifestarse a través de la “teoría del todo o nada” en supuestos de incertidumbre causal.

8. EL EJERCICIO DEL DERECHO A INTERRUMPIR VOLUNTARIAMENTE EL PROCESO DE EMBARAZO COMO CUESTIÓN FUNDAMENTAL EN LOS CURSOS CAUSALES QUE AFIRMAN O RECHAZAN LA PRODUCCIÓN DE PERJUICIOS

El derecho a interrumpir voluntariamente el proceso de embarazo como potestad conferida directamente por los ordenamientos jurídicos en virtud del fortalecimiento de los derechos y libertades propias de la gestante, además de constituir un presupuesto jurídico fundamental para las reclamaciones “wrongful birth” y “wrongful life”, específicamente en lo que tiene que ver con aquellos supuestos que se engloban en los distintos procesos diagnósticos prenatales; también ha servido como argumento para rechazar la existencia de cursos causales que buscan afirmar la producción de perjuicios a partir del nacimiento⁵⁶⁵. Se parte de la consideración de que en virtud de la potestad conferida a la gestante de interrumpir voluntariamente el embarazo, el ejercicio negativo de tal derecho es lo que permite, en última instancia, la producción del nacimiento y, como consecuencia, el padecimiento de los perjuicios por los cuales se reclama.

Así las cosas, tanto los supuestos de diagnósticos preconceptivos y preimplantatorios en los que se engloban las reclamaciones “wrongful birth” y “wrongful life”, como aquellos relativos a las reclamaciones “wrongful conception”, constituyen los eventos fácticos en los que suele aplicarse esta línea argumentativa, en tal forma que se aduce que el curso causal iniciado en sede preconceptiva o preimplantatoria se ve interrumpido posteriormente por el actuar de la gestante, es decir, por no haber decidido interrumpir voluntariamente el embarazo cuando se le informó en fase prenatal sobre las anomalías existentes en el feto.

Señalar que el ejercicio negativo del derecho a interrumpir voluntariamente el embarazo constituye una concausa real o material en la producción de aquellos perjuicios por los cuales se reclama supone una afrenta en contra del ejercicio libre y autónomo de los derechos, de modo que sugerir el ejercicio positivo del derecho a abortar para evitar la producción de daños es hacer pesar sobre la gestante cargas o sacrificios desproporcionados que no resultan compatibles con los postulados propios de un Estado social de derecho. Tal como se comentó en su momento, el otorgamiento de consecuencias jurídicas negativas a la decisión de no haber abortado, supone la imposición tácita de un deber de hacerlo a efectos de evitar la causación de daños

⁵⁶⁵ Es precisamente este uno de los argumentos en los que basa este autor para hacer patente la aplicación del criterio de imputación objetiva, a saber, la asunción del riesgo por parte de la víctima; quien manifiesta que la interrupción voluntaria del proceso de embarazo, si bien se trata de una decisión libre y autónoma, comporta de manera inevitable consecuencias de cara a la imputación de la responsabilidad por los daños posteriores a tal decisión. MACÍA MORILLO, Andrea, *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales. Las llamadas acciones de Wrongful birth y Wrongful life*, op.cit. pp. 550-554.

posteriores al nacimiento, en tal forma que según esta línea de pensamiento el no hacerlo supone sin más la asunción voluntaria de esos perjuicios. En este tipo de elucubraciones no se está teniendo en cuenta que la decisión de la gestante de interrumpir su embarazo debe encontrarse desprovista de cualquier tipo de presión o intromisión, que esta debe ser totalmente libre, autónoma y consciente, y que de ninguna manera puede o debe exigírsele a la gestante que para aminorar los efectos de la conducta enjuiciada, esta deba llevar a cabo ciertas actividades que atenten contra sus convicciones más íntimas y personales⁵⁶⁶. Dicho de otra manera, se está exigiendo que una vez iniciado el curso causal con la actuación negligente del profesional médico o con la de aquel al que se le impute responsabilidad, es la gestante la llamada a evitar la producción de perjuicios a través del ejercicio de su derecho a abortar, en caso contrario, se entenderá que dichos perjuicios han sido asumidos voluntariamente por ella, o simplemente que la causa real o material del daño ha sido la conducta desplegada por la gestante.

Aunque es muy común encontrar argumentos que tienden a rechazar esta línea argumentativa como una derivación de la doctrina del deber de mitigar el daño, es notorio que indirectamente se le está otorgando cierta aplicabilidad, pues aunque no se plantee el deber de mitigar o evitar el daño a través de la interrupción voluntaria del embarazo; al señalarse que esta es la única manera de evitar los perjuicios cuyo curso causal ha sido iniciado por el servicio médico negligente, se le está haciendo soportar a la gestante sacrificios desproporcionados e irrazonables, como lo es tener que llevar a cabo conductas o actividades que podrían llegar a lesionar convicciones íntimas y personales a efectos de evitar perjuicios o daños cuyo curso causal no ha sido originado por su conducta.

En definitiva, debe concluirse que aquellos cursos causales iniciados por el comportamiento negligente tanto en fase preconceptiva -entendiendo en este ámbito no solo aquellos procedimientos diagnósticos que en virtud de pruebas preconceptivas se deban llevar a cabo, sino también todos aquellos supuestos en los que se engloban las reclamaciones “wrongful conception”-, como en fase preimplantatoria, no se verán interrumpidos por el ejercicio libre y voluntario de los derechos reproductivos de la gestante.

La decisión de esta no acarrea ningún tipo de incidencia en el curso de los acontecimientos, es decir, no se trata de un dato fáctico que pueda ser llamado a tenerse en cuenta en el juicio de causalidad física, no es en estricto sentido una condición que integra el curso causal. Ello es así, por cuanto atribuir algún tipo de consecuencia negativa por el ejercicio libre y autónomo de este derecho, como sucedería si se entiende que existe un rompimiento en el curso causal o, lo que es lo mismo, haciendo uso de la tan famosa pero equívoca teoría de la imputación objetiva, se entiende que con la negativa a abortar se asumen los perjuicios padecidos; equivaldría a imponer en la gestante aun cuando de manera tácita un deber ineludible de evitar tales perjuicio. Imposición que tal como hemos dicho, resultaría desproporcionada y desorbitada.

En esta tesitura, el ejercicio negativo del derecho a abortar si bien aparentemente resulta libre y autónomo no es más que, a la luz de esta doctrina, el incumplimiento de un eventual deber de abortar, por lo que ante dicha situación es precisamente la gestante quien está llamada a asumir los perjuicios posteriores al nacimiento. Es esta la lectura

⁵⁶⁶ MARTIN-CASALS, Miquel, SOLÉ FELIU, Josep, “Anticoncepciones fallidas e hijos no previstos”, op.cit. p. 7.

real de la doctrina que intenta otorgarle relevancia causal al ejercicio libre y autónomo del derecho de la gestante a interrumpir voluntariamente el embarazo, la cual además de las razones anteriormente expuestas no puede gozar de ningún tipo de aceptación por suponer la imposición a la gestante de sacrificios y cargas ilegítimas y desproporcionadas.

9. LA INTERRUPCIÓN DEL NEXO DE CAUSALIDAD

Tal como se ha podido verificar del estudio que hemos venido realizando, al igual que sucede en cualquier supuesto de responsabilidad civil o patrimonial, en los eventos propios de las demandas que aquí nos encontramos estudiando también concurren determinadas circunstancias que directamente interrumpen el curso causal entre el comportamiento negligente y los correspondientes perjuicios. En consecuencia, se estima que el daño no es producido por la gestión negligente de quienes intervienen en la actividad por la cual se imputa responsabilidad, sino por el evento o intervención que en efecto interrumpe o quiebra el curso normal de los acontecimientos. De manera, pues, que la ruptura de dicho nexo etiológico exonera de responsabilidad al demandado. Nos encontramos hablando de eventos excepcionales que deben ser acreditados por quien los alega, y que en nada afecta a las conclusiones que a lo largo de este estudio se llevaron a cabo: a saber, la afirmación relativa a que en términos generales el presupuesto de la causalidad resulta verificable en el marco de este tipo de reclamaciones tanto para aquellos daños que surgen con anterioridad al nacimiento como para aquellos que se manifiestan con posterioridad. No es menos cierto que de conformidad con las circunstancias específicas de cada supuesto pueden manifestarse eventos, en todo caso excepcionales, que interrumpan el curso normal de los acontecimientos y, como consecuencia, sean estos la causa real o material de los perjuicios por los que se reclama y no la conducta negligente que se reprocha.

A continuación, nos referiremos a la manera en que estos eventos podrían incidir en el curso causal desplegado en estas reclamaciones de responsabilidad.

9.1 La intervención de la víctima

Uno de los eventos clásicos de interrupción causal hace referencia a la contribución que en la producción del daño tenga la gestión o actividad de la propia víctima. Cuando en la causación de los perjuicios intervenga la actividad de la víctima, el nexo etiológico se verá necesariamente interrumpido respecto del comportamiento del agente⁵⁶⁷. Por una parte, en lo que hace referencia a las reclamaciones “wrongful birth”, la intervención de la víctima suele manifestarse en aquellos eventos en donde a través del actuar de los padres se contribuya a provocar la ausencia o defecto en la información acerca de los riesgos que amenazan al *concepturi* o acerca del estado de salud del

⁵⁶⁷ Destacando la intervención de la víctima en la causación del daño como la circunstancia tradicional que supone la ruptura del nexo causal entre la acción y el resultado. REGLERO CAMPOS, Luis, op.cit. p. 421. Sobre esta cuestión, en nuestra doctrina existen infinitudes de autores que resaltan la intervención exclusiva de la propia víctima como una de las causas exonerativas de responsabilidad. Como ejemplo de alguno de ellos. Ver. BUSTAMANTE LEDESMA, Álvaro, op.cit. p. 94; MARTÍNEZ RAVE, Gilberto, op.cit. p. 145; SAAVEDRA BECERRA, Ramiro, op.cit. p. 580; TAMAYO LOMBANA, Alberto, op.cit. p. 257; TAMAYO JARAMILLO, Javier, *Tratado de Responsabilidad civil*, Tomo II, op.cit. p. 60.

nasciturus. Por otro lado, en lo que respecta a las reclamaciones “wrongful conception” el cúmulo de actividades puede resultar más variable, sin embargo, puede coincidirse en que el evento interruptor tendrá como denominador común todas aquellas actividades de la víctima que contribuyan de alguna u otra manera a la generación del nacimiento no deseado.

Vale destacar que la interrupción del nexo causal por el comportamiento de la propia víctima no resulta posible en el ámbito de las reclamaciones “wrongful life”. En el marco de estas demandas los hechos se producen con anterioridad al nacimiento del niño, razón por la cual hablar de una eventual intervención de este en la causación del daño resulta cuanto menos inverosímil. Tanto el niño como los padres constituyen dos sujetos totalmente distintos, de hecho, cada uno de ellos encuentra legitimación en la causa activa para la interposición de las correspondientes reclamaciones, lo cual resulta totalmente natural si se tiene en cuenta que los daños experimentados tanto por el uno como por el otro son totalmente distintos. Así las cosas, aquellas actividades efectuadas por parte de los padres que contribuyan a la ausencia o defecto en la información, constituyen respecto del demandante en las reclamaciones “wrongful life”, meros hechos de tercero y no culpa o intervención de la propia víctima. Naturalmente, este tipo de conductas coinciden en los efectos que pueden generar: la exoneración total o parcial de responsabilidad en cabeza del profesional de la salud o a quien se le impute responsabilidad civil o patrimonial; pues en estos eventos, según cual sea el caso, los padres pasan a ser coautores o autores del daño, razón por la cual no resulta posible imputar al profesional o a quien corresponda toda o parte de la responsabilidad. De cualquier manera, no se trata de un supuesto que atienda a los eventos propios de culpa de la propia víctima, sin perjuicio de que, tales actividades puedan adquirir gran trascendencia en lo que tiene que ver con la exoneración de responsabilidad total o parcial por hecho de un tercero.

Proceder a elaborar un listado taxativo de ejemplos que ilustren debidamente cuáles son aquellas conductas que contribuyen tanto a generar tal ausencia o defecto en la información, como aquellas que contribuyen a la producción del nacimiento no deseado, supone llevar a cabo un trabajo dispendioso y arriesgado, pues atendiendo al cúmulo de circunstancias que se pueden manifestar probablemente se dejarían muchos supuestos sin mencionar. Así, pues, mencionaremos algunas conductas de tipo general, a título enunciativo, de tal manera que dentro de ellas sea posible incluir algunas otras específicas que se pueden llevar a cabo en el marco de los supuestos en los que se engloban las demandas que nos encontramos estudiando.

En lo que respecta a las demandas “wrongful birth”, encontramos un primer ámbito de gestión por parte de los padres en donde a causa de su actuar puede producirse tal defecto en el diagnóstico que finalmente se suministre. En efecto, durante la etapa de recolección de información necesaria para la elaboración de una debida historia clínica, procedimiento médico fundamental en el desarrollo de cualquier actividad de diagnóstico que se adelante, la omisión voluntaria o deliberada de datos, así como el falseamiento de los mismos por parte de los padres, constituye uno de los escenarios en donde es posible atribuir tales defectos en la información a la gestión de la propia víctima. De igual manera, ya en la fase de realización de las pruebas diagnósticas correspondientes, la negativa por parte de los padres a someterse a tales pruebas o el sometimiento extemporáneo a las mismas, constituye otro de los supuestos en donde es posible atribuir el defecto o ausencia de información al comportamiento de la propia víctima.

Finalmente, aquellas conductas de los padres en donde a través de su actuar no se evidencia ningún tipo de interés en los resultados de las pruebas diagnósticas practicadas o sencillamente se renuncie al conocimiento del diagnóstico propiamente dicho⁵⁶⁸. Los daños que se deriven de tales desconocimientos solo serán atribuibles a la propia víctima. Es posible encontrar un supuesto que en el marco de nuestro estudio puede resultar muy ilustrativo e interesante y se relaciona concretamente con la falta de un interés en el conocimiento real de los resultados de estas pruebas diagnósticas. Piénsese en aquellos casos en donde los resultados arrojados por una prueba diagnóstica prenatal resultan equívocos, informando la ausencia de anomalías genéticas en el feto. Sin embargo, dada la existencia de errores en el diagnóstico suministrado se informa diligentemente a la gestante sobre tal situación, instándola a que se practique nuevamente dicha prueba a efectos de llevar a cabo un diagnóstico ajustado a la realidad. No obstante, la gestante hace caso omiso a tal indicación o acude una vez ha finalizado el término para poder ejercer su derecho a abortar. Es evidente, pues, que en estos casos difícilmente se puede imputar responsabilidad civil o patrimonial por la gestión médica, en tanto que lo que produce realmente la generación de los perjuicios por los cuales se reclama no es más que la conducta indiferente y desinteresada por parte de la gestante de no proceder a realizar nuevamente la prueba o de llevarla a cabo de manera tardía.

De otro lado, en el ámbito específico de las reclamaciones “wrongful conception”, la conducta de los padres no obstaculiza la producción de diagnósticos ajustados a la realidad, pues como sabemos los supuestos que engloban este tipo de demandas no se desarrollan a partir de la elaboración de diagnósticos cuyos objetivos sean confirmar o descartar la existencia de anomalías en el *concepturi* o *nasciturus*. En estas circunstancias, el nacimiento no deseado, presupuesto fáctico fundamental en este tipo de demandas, se genera no ya por el comportamiento del sujeto agente, sino por la conducta desplegada por parte de los padres.

En este orden de ideas, y atendiendo a los mismos criterios enunciados con anterioridad, encontramos un primer conjunto de actividades, que valga la pena resaltar, es el que resulta más común en supuestos de intervención exclusiva de la víctima. Nos referimos a aquellos eventos en donde los padres efectúan un seguimiento insuficiente o nulo respecto de aquellas indicaciones o recomendaciones fijadas por parte del profesional médico correspondiente, de modo que el daño por el cual se reclama no se lleva a cabo por la conducta del profesional médico sino por el no acatamiento de las recomendaciones o indicaciones brindadas. Es claro, pues, que el curso causal que inicia con la atención médica es interrumpido por la gestión o conducta del paciente al no acatar las recomendaciones respectivas, provocando a su vez, el acaecimiento del nacimiento no deseado y, consecuentemente, los perjuicios por los cuales se reclama. No obstante, también es posible identificar un segundo conjunto de actividades que se puede deducir de aquellos supuestos en donde debido a la desidia de la gestante, no resulta posible proceder de manera segura y con garantías a la interrupción voluntaria del proceso de embarazo, naturalmente en aquellos ordenamientos y supuestos en donde este resulte permitido. Piénsese en aquellos supuestos en donde la gestante acude al profesional médico correspondiente de manera ostensiblemente tardía -tal consideración temporal hace referencia al término en que resulte permitido llevar a cabo dicha intervención, o a aquel en que finalmente resulte límite para llevar a cabo este tipo de procedimiento con las debidas garantías- a efectos de que se le practique la interrupción

⁵⁶⁸ Tales supuestos son explicados por este autor como resultado del ejercicio de un eventual derecho a no saber. Ver. EMALDI CIRION, Aitziber, op.cit. pp. 274-275.

de su proceso de embarazo, razón por la cual no resulta posible llevar a cabo tal procedimiento, dando como consecuencia el nacimiento no deseado del niño. En estos eventos, es evidente, pues, que los daños que se intentan endilgar no se producen en ocasión del servicio médico correspondiente sino en ocasión al comportamiento de la gestante, que es quien acude de manera extemporánea para que le sea practicada la referida intervención.

En este estado de la cuestión, es importante advertir que la interrupción del nexo de causalidad y, consecuencialmente, la exoneración de responsabilidad del agente, tendrá cabida solo en aquellos casos en que la producción del perjuicio sea imputable exclusivamente a la gestión de la víctima. Situación que no opera en aquellos eventos en donde tanto la gestión médica negligente como la de la víctima producen el perjuicio, es decir, lo que se manifiesta es la concurrencia de conductas generadoras del daño, lo que se ha denominado por algunos autores como una concurrencia de culpas, aun cuando a decir verdad se trata en realidad de una concurrencia de causas relevantes (causalidad jurídica). Así, pues, no se podrá exonerar de responsabilidad al sujeto agente, pero tampoco se podrá atribuir a este toda la responsabilidad del daño⁵⁶⁹.

Haciendo uso de la denominada teoría de la causalidad parcial, se ha abandonado esa vieja idea de exonerar de responsabilidad al demandado por la mera intervención de la víctima, un tercero, un caso fortuito o de fuerza mayor, sin importar si tales intervenciones constituyen la causa exclusiva en la producción del daño. Con fundamento en esta línea argumentativa, ya bastante consolidada en la actualidad en el estudio de la responsabilidad civil y patrimonial, se ha justificado la reducción de las indemnizaciones en supuestos de daños que se derivan de una “colaboración causal”. Es posible encontrar en Francia el origen de esta tendencia a principios del siglo pasado, en donde se entendió, que, en estos casos, la causalidad objeto de estudio es una causalidad teórica o ideal, susceptible de fraccionabilidad, la cual permite, por tanto, afirmar que cada coautor generó solo una parte del perjuicio⁵⁷⁰. Así, en lugar de otorgarle aplicabilidad a la regla del “todo o nada”, propia de la teoría tradicional de la causalidad –indivisibilidad de la causa-, se admite una responsabilidad parcial o proporcional en función a la cuota causal que en la producción del daño sea imputable al agente.

En resumen, cuando se producen estos supuestos de concurrencia de causas relevantes, se debe proceder a reducir o minorar la cuantía de la indemnización en función a la cuota causal de la víctima, es decir, a la intervención que la víctima haya tenido en la causación del daño. Por consiguiente, se atribuye responsabilidad al agente únicamente en la medida en que contribuya a la producción de los perjuicios. A título

⁵⁶⁹ Sobre esta cuestión. Ver. GONZÁLES PEREZ, Jesús, *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones públicas*, Thomson Civitas, 4ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2006, pp. 531-535; MEDINA ALCOZ, Luis, *Teoría de la Pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*, op.cit. pp. 108-110; PASTOR PRIETO, Santos; GÓMEZ POMAR, Fernando, “El derecho de accidentes y la responsabilidad civil: un análisis económico y jurídico”, *Anuario de Derecho civil*, Tomo XLIII, Fascículo II, abril-junio, Madrid, 1990, pp. 521-526. Nuestra doctrina por su parte se pronuncia en los mismos términos. Ver. ARÉVALO REYES, Héctor, “Responsabilidad del Estado y de sus funcionarios. Llamamiento en garantía, acción de repetición, liquidación de perjuicios, conciliación (requisito de procedibilidad)”, *Doctrina y Ley LTDA*, 4ª edición, Bogotá, 2011, pp. 261-262; BERMÚDEZ MUÑOZ, Martín, “Responsabilidad de los jueces y del Estado. La reparación de los daños antijurídicos causados por el funcionamiento de la administración de justicia y por el error judicial”, Librería del Profesional, 1ª edición, Bogotá, 1998, p. 213; SAAVEDRA BECERRA, Ramiro, op.cit. p. 580.

⁵⁷⁰ Efectuando un enlace interesante entre la teoría de la causalidad parcial y la concurrencia de causas en el derecho francés. Ver MEDINA ALCOZ, María, op.cit. pp. 215-216.

ilustrativo, podríamos hablar de esta clase de supuestos tomando los ejemplos anteriormente señalados, en aquellos casos en donde en virtud de la recolección de información -anamnesis- para la elaboración de una historia clínica ajustada a la realidad de los acontecimientos, el profesional médico no detectara, pudiendo hacerlo según las reglas del oficio médico, ciertas contradicciones efectuadas por el paciente al momento de suministrar la información que corresponda. De igual manera, en aquellos eventos en donde habiendo existido un comportamiento negligente por parte del profesional médico en la realización del proceso de esterilización, el paciente no atiende las recomendaciones post-operatorias necesarias para asegurar el resultado de la operación.

9.2 El caso fortuito y la fuerza mayor

En lo que concierne a la relación de causalidad, los eventos relativos al caso fortuito y la fuerza mayor suelen ser estudiados como otros de los supuestos interruptores del nexo etiológico entre el comportamiento del sujeto agente y el daño.

La cuestión relativa a la naturaleza intrínseca de los conceptos tanto de fuerza mayor como de caso fortuito no ha sido precisamente un tema que se haya caracterizado, aun en la actualidad, por su claridad y uniformidad en su tratamiento. De hecho, existen desde tesis monistas o unitarias (tesis sostenida en Francia por los hermanos Henri y León Mazeaud) que han entendido que estos conceptos no son más que fenómenos sinónimos que se caracterizan por su imprevisibilidad e inevitabilidad⁵⁷¹, hasta tesis de orden dualista (tesis mayoritaria en la actualidad, sostenida por un gran cúmulo de autores), que plantean diferencias específicas entre cada uno de estos conceptos, solo que tal distinción resultará patente según cuál sea el régimen de responsabilidad en los que tales fenómenos operen. No obstante, por no relacionarse directamente con el objeto de nuestro estudio, no procederemos a efectuar un análisis sobre la problemática doctrinal que en cuanto a la identidad de estos fenómenos se ha llevado a cabo. Sin embargo, partiendo de la base de que la tendencia mayoritaria en la actualidad coincide en rechazar la absoluta sinonimia de estos conceptos, analizaremos algunos de los distintos criterios que se han propuesto para facilitar la identificación de cada uno de ellos.

A lo largo del siglo XX la doctrina internacional, ha venido creando criterios o directrices dirigidas a permitir o facilitar la distinción entre estos conceptos⁵⁷², habida cuenta que, no se trata de una mera diferenciación irrisoria o sin trascendencia jurídica, pues dependiendo del rango atributivo del régimen de responsabilidad de que se trate, tales conceptos pueden ostentar efectos tanto exoneradores como oneradores de cara a la imputación de responsabilidad civil o patrimonial.

Así, pues, es posible identificar un primer criterio en el de la mayor o menor gravedad del fenómeno, de tal manera que la fuerza mayor se integrase en el suceso o hecho que se caracteriza por ser especialmente grave e intenso con total independencia de si resulta inevitable o exterior al círculo de la actividad u obligación de que se trate. El

⁵⁷¹ Siguiendo al parecer esta misma línea. Véase. TAMAYO LOMBANA, Alberto, op.cit. p. 237; VALENCIA ZEA, Arturo, *Derecho civil. De las obligaciones*, Temis LTDA, Bogotá, 1974, p. 298.

⁵⁷² Sobre esta cuestión, es interesante ver las consideraciones efectuadas por este tratadista, en donde parece señalar a la jurisprudencia francesa como el artífice de esta tesis dualista, que sin lugar a dudas, ha permeado tanto en la doctrina colombiana como en su jurisprudencia. HINESTROSA FORERO, Fernando, *Tratado de las obligaciones: concepto, estructura y vicisitudes*, Universidad Externado de Colombia, Vol. I, Bogotá, 2002, p. 775.

caso fortuito, según esta línea de pensamiento, no atiende a aquella fuerza grave e intensa, sino a aquellos fenómenos menores que aun cuando escapan a la voluntad del sujeto agente no se caracterizan por la intensidad y gravedad de aquellos. Un segundo criterio, más común entre nuestros autores, podría ser aquel que basa tal distinción en la naturaleza de los hechos del cual emanan los eventos. En consecuencia, se identifica la fuerza mayor como aquel hecho proveniente de la naturaleza, capaz de ser generado solo por una fuerza sobrehumana (huracán, terremotos, maremotos); mientras que el caso fortuito hace referencia al hecho humano, al hecho que se genera a partir de la actividad de los hombres. Es importante calificar como un tercer criterio aquel que se enfoca en las características de la imprevisibilidad y la evitabilidad. Así, se le imprime al fenómeno del caso fortuito, como característica identitaria, la imprevisibilidad, de modo que el evento en cuestión aun empleando la diligencia normal y exigible no resultaba previsible, en tal forma que de haberse previsto se hubiera podido evitar o no. La fuerza mayor, por su parte, hace referencia a aquellos sucesos que, aunque resultaren previstos, no pudieron evitarse, es decir, se tratan de eventos que no ponen su acento en la imprevisión sino en la inevitabilidad o irresistibilidad. Finalmente y, sin el ánimo de extendernos en esta cuestión, es posible identificar un cuarto criterio, quizá el que más se acerca a las características propias de cada uno de estos fenómenos: el criterio que hace referencia a la procedencia u origen del suceso. Si el origen es externo al círculo o rango de acción de la actividad en cuestión, se debe hablar de una fuerza mayor, pero si su procedencia proviene o resulta inherente a dicha actividad, entonces nos encontramos ante un caso fortuito⁵⁷³.

En términos generales, es claro que, cuando los hechos imprevisibles, o incluso aquellos previsibles pero irresistibles (caso fortuito y fuerza mayor)⁵⁷⁴, producen idénticos efectos exoneradores, tal como sucedería si nos encontráramos en el marco de supuestos de responsabilidad subjetiva; la diferencia de estos conceptos carece de cualquier trascendencia práctica, en tal forma que si bien es cierto que siguen siendo dos figuras jurídicas distintas, ambas conducen a interrumpir el nexo de causalidad existente entre la conducta del sujeto agente y el daño por el cual se reclama. Es decir, anulan la

⁵⁷³ En este mismo sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado, que también ha tratado de establecer los distintos criterios que a nivel general se han efectuado para fijar una distinción entre un concepto y otro. Ver. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Tercera, Expediente No. 11670, de 16 de marzo de 2000.

⁵⁷⁴ Es importante dejar claro que a pesar de que en la jurisprudencia colombiana tradicionalmente se haya considerado al caso fortuito y a la fuerza mayor como hechos que además de ser irresistibles deben de ser imprevisibles –a diferencia de la experiencia española en donde el elemento de la imprevisibilidad puede o no acaecer, en tanto el hecho que ocasione el daño siga siendo irresistible- la línea argumentativa que se ostenta en la actualidad va más en la vía de seguir admitiendo su existencia aun en aquellos eventos en que tales hechos que originen el daño resulten previsibles. Es decir, tal concepto de imprevisibilidad atiende realmente a “la condición de imprevisto de la misma, esto es, de acontecimiento súbito o repentino”. Al respecto ha dicho el Consejo haciendo eco de los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia: “(...) tal y como lo expresan tanto el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, como el artículo 64 del Código Civil y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con la cual “Imprevisible será cuando se trate de un acontecimiento súbito, sorpresivo, excepcional, de rara ocurrencia”. La recién referida acepción del vocablo “imprevisible” evita la consecuencia a la cual conduce el entendimiento del mismo en el sentido de que se trata de aquello que no es imaginable con anticipación a su ocurrencia, toda vez que esta última comprensión conllevaría a que la causa extraña en realidad nunca operase, si se tiene en cuenta que prácticamente todos los sucesos que ocurren a diario ya han sido imaginados por el hombre”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Tercera, Expediente No. 16.530, de 26 de marzo de 2008. Así, pues, resulta totalmente similar el tratamiento que a este respecto efectúa tanto la jurisprudencia española como la colombiana. Lo anterior, al margen de que existan estas particularidades en cuanto a los elementos que las identifican.

principal razón por la que adquiriría cualquier tipo de importancia jurídica hablar de una distinción entre los referidos conceptos. Tal distinción cobra un verdadero sentido jurídico cuando algunos de estos hechos o fenómenos resultan exoneradores y otros simplemente oneradores. Cuando el tratamiento dispensado tanto a la fuerza mayor como al caso fortuito no resulta isonómico, se suele reservar a los primeros la condición de supuestos o eventos liberadores, mientras que a los segundos la condición de eventos no liberadores.

Es precisamente en el marco de aquellos regímenes de responsabilidad objetiva, concretamente en el de la responsabilidad por riesgo específico o excepcional, cuando adquiere especial relevancia la delimitación de estos conceptos⁵⁷⁵. En el marco de estos supuestos, la fuerza mayor, como fuerza extraña y ajena, tiene un efecto exonerador, en tanto que existe una relación de causalidad externa que impide la imputación del daño al sujeto agente; mientras que el caso fortuito, como fuerza interna e inherente a la actividad en cuestión, ostenta un efecto onerador respecto del sujeto agente, pues son precisamente dichos riesgos los que según el rango atributivo de estos regímenes de responsabilidad debe asumir quien los origina⁵⁷⁶. Ha sido el criterio relativo a la procedencia u origen del suceso, el que realmente se ha impuesto a la hora de identificar en cierta medida los eventos relativos tanto al caso fortuito como a la fuerza mayor. De modo que se puede afirmar que en el marco de los supuestos de responsabilidad objetiva, aquellos eventos imprevisibles o previsibles pero en todo caso inevitables, que surjan de la actividad por la cual se imputa el daño ostentan un efecto onerador; por contra, aquellos que surjan fuera del ámbito de tal actividad, por resultar totalmente ajena o extraña a ella, es decir, por no constituir un riesgo inherente o propio de la actividad de que se trata, ostenta un efecto exonerador de cara a la imputación de la responsabilidad civil o patrimonial.

⁵⁷⁵ En este mismo sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado, al respecto ha señalado lo siguiente: “Debe tenerse en cuenta, además, la distinción que doctrina y jurisprudencia han hecho entre la fuerza mayor y el caso fortuito, que, adquiere su mayor interés, dentro del marco de la responsabilidad por riesgo excepcional. Se ha dicho que la fuerza mayor es causa extraña y externa al hecho demandado; se trata de un hecho conocido, irresistible e imprevisible, que es ajeno y exterior a la actividad o al servicio que causó el daño. El caso fortuito, por el contrario, proviene de la estructura de la actividad de aquél, y puede ser desconocido [y] permanecer oculto, y el [sic] la forma que ha sido definido, no constituye una verdadera causa extraña, con virtualidad para suprimir la imputabilidad del daño”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Tercera, Expediente No. 11670, de 16 de marzo de 2000. Sin afirmar de manera expresa que tal distinción adquiere un interés real en el marco de la responsabilidad por riesgo excepcional, ello resulta manifiesto de las consideraciones planteadas al referirse al régimen de responsabilidad objetiva: “No se trata, en consecuencia, de un régimen de falla del servicio probada, ni de falla presunta, en el que el Estado podría exonerarse demostrando que actuó en forma prudente y diligente. Al actor le bastará probar la existencia del daño y la relación de causalidad entre éste y el hecho de la administración, realizado en desarrollo de la actividad riesgosa. Y de nada le servirá al demandado demostrar la ausencia de falla; para exonerarse, deberá probar la existencia de una causa extraña, esto es, fuerza mayor, hecho exclusivo de un tercero o de la víctima”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Tercera, Expediente No. 11688, de 15 de junio de 2000. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁵⁷⁶ Siguiendo esta misma línea argumentativa, en la doctrina colombiana. Ver. ARÉVALO REYES, Héctor, op.cit. p. 263; BUSTAMANTE LEDESMA, Álvaro, op.cit. pp. 87 y ss; PÉREZ SALAS, Diego, *La responsabilidad civil por riesgo entre particulares*, Doctrina y Ley Ltda, Bogotá, 2007, pp. 28-31; PÉREZ SINITABÉ, Luis, *Elementos de la Responsabilidad Extracontractual del Estado*, Leyer, Bogotá, 2002. pp. 39-41. En la doctrina española por su parte. Véase. JORDANO FRAGA, Jesús, op.cit. pp. 333-334; GONZÁLES PEREZ, Jesús, op.cit. p. 498; SÁNCHEZ SÁEZ, Antonio, “La Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas por incendios forestales”, *Revista de Administración Pública*, Núm. 179, mayo-agosto, Madrid, 2009, pp. 111-112.

Establecidas estas precisiones de interés en cuanto a la distinción jurídica y, por tanto, a los efectos exoneradores y oneradores que pueden ostentar los conceptos de caso fortuito y fuerza mayor, ha de afirmarse que, en el ámbito de las reclamaciones “wrongful birth”, “wrongful life” y “wrongful conception”, tal distinción jurídica, en términos generales, no adquiere mayor trascendencia práctica. Se ha venido señalando que a la actividad médico-hospitalaria en sentido estricto le es inherente “la aplicación de criterios de responsabilidad fundados en la negligencia por incumplimiento de las reglas de la “lex artis ad hoc”, lo que indica que el ámbito o régimen de responsabilidad usualmente aplicable no obedece a un régimen objetivo, que sería el que pudiera operar en aquellos supuestos inverosímiles en donde es precisamente el profesional de la salud quien en virtud de un contrato asume incluso aquellos riesgos inherentes al correspondiente procedimiento médico, sino a aquel que se funda en parámetros de cumplimiento de un comportamiento adecuado, en este caso, las reglas propias del oficio médico. En este orden de ideas, la causación de los perjuicios en ocasión a la intervención de tales eventos imprevistos o aunque previstos inevitables en todo caso, obstaculiza de plano la imputación de responsabilidad civil o patrimonial debido a la imposibilidad de atribuir tales perjuicios al comportamiento negligente.

Con ello, no solo hacemos referencia a los supuestos en donde los perjuicios se originan a causa de los límites del conocimiento científico y técnico propios de la ciencia médica (riesgos de desarrollo), sino también a todos aquellos otros eventos que contribuyan en la causación de los perjuicios, cuya procedencia u origen no se deba a la omisión de un comportamiento debido, de conformidad con la “lex artis ad hoc”. En esta perspectiva, es posible hablar de un sinnúmero de ejemplos atendiendo a la clase de reclamaciones a que nos estemos refiriendo. Así, en el marco de las reclamaciones “wrongful birth” y “wrongful life” este tipo de supuestos se manifiestan con mayor claridad en los eventos directamente relacionados con las prácticas de las pruebas diagnósticas. Es posible que durante la realización de la misma intervengan factores imprevisibles o que siendo previsibles resultan inevitables, sean o no inherentes a la actividad que se desarrolla, es decir, atendiendo a la interioridad o exterioridad del evento de que se trate. Por otra parte, en el marco de las reclamaciones “wrongful conception”, en los supuestos relativos a los procesos fallidos tanto de esterilización como aquellos anticonceptivos, se ve con gran claridad este tipo de circunstancias. Es claro, pues, que uno de los riesgos típicos de estos tipos de procedimientos son los relativos a la posibilidad de fracaso de la correspondiente intervención, por lo que una vez informado el paciente sobre tal situación, el acaecimiento de los mismos constituye un hecho que aunque resulta previsible, es absolutamente inevitable aun efectuando un comportamiento debido según las reglas propias del oficio médico.

Es de destacar, pues, que la mayor parte de estos eventos o sucesos que escapan a la voluntad del sujeto agente se originan en el seno de la actividad médica (caso fortuito), es decir, constituyen auténticos riesgos típicos de la actividad cuyo control se encuentra a cargo del responsable en la prestación del servicio. La aparición de casos de fuerza mayor son de difícil observancia, atendiendo a la naturaleza propia de los supuestos en los que se engloban este tipo de reclamaciones, en tanto que aquellos hechos inevitables que finalmente desencadenan en la producción de los perjuicios por los cuales se reclaman suelen encontrarse relacionados con las actividades o con aquella esfera funcional propia de la actividad médica que se está llevando a cabo. No obstante, es posible señalar determinadas circunstancias en donde estimamos que este tipo de eventos pueden llegar a tener lugar. En aquellos supuestos propios de las reclamaciones

“wrongful birth” y “wrongful life”, concretamente en la fase de comunicación del diagnóstico, quizá sea posible dar cabida al acaecimiento de este tipo de eventos, pues en las fases que le preceden resulta especialmente complicado identificar sucesos que puedan ser considerados externos al ámbito de la actividad médica⁵⁷⁷.

Atendiendo al desarrollo doctrinal que sobre esta materia es posible evidenciar, es interesante destacar los pronunciamientos que a este respecto ha realizado un sector de la doctrina española. Partiendo de la distinción jurídica existente entre el caso fortuito y la fuerza mayor, se le otorga un importante grado de trascendencia práctica a tal distinción en el contexto de estas reclamaciones, pues se entiende que no siempre es posible hablar en el marco de estos supuestos de obligaciones de medio sino que incluso es posible hablar de obligaciones de resultado. Es decir, la conducta enjuiciada ya no estaría sujeta a un régimen de responsabilidad subjetiva basada exclusivamente en los criterios del oficio médico, sino que el rango atributivo de responsabilidad se correspondería al de la responsabilidad objetiva, siendo posible imputarles responsabilidad aun por el acaecimiento de casos fortuitos. En el ámbito de la responsabilidad contractual se postula el primero de aquellos eventos. Nos referimos a aquellos casos en donde en virtud de la suscripción de un contrato con el profesional médico se pactan obligaciones de resultados, por lo que cualquier materialización de aquellos riesgos inherentes a la actividad médica necesariamente deben ser asumidos por el profesional de la salud. De igual manera, en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas se estima que la prestación del servicio médico-sanitario no se circunscribe al cumplimiento de parámetros de diligencia, por cuanto el régimen de responsabilidad allí aplicable no es otro que el relativo a la responsabilidad objetiva⁵⁷⁸.

Es perfectamente posible que en el ámbito de la responsabilidad contractual, en supuestos en donde normalmente se hablaría de obligaciones de medio, puedan pactarse obligaciones de resultado, a partir de las cuales se le exija al profesional médico no ya la ejecución de una conducta de conformidad con las reglas propias de la “lex artis ad hoc” sino la producción del resultado que se desea. No obstante, la asunción por parte del profesional médico de estas obligaciones en supuestos como los que aquí nos interesa, no suele constituir una práctica que se caracterice por su verosimilitud, por lo que la incidencia práctica de estas situaciones resulta cuanto menos irrisoria. Nos encontramos hablando de pactos contractuales irrazonables si tenemos en cuenta que resulta imposible para cualquier profesional de la salud cumplir con obligaciones cuya realización implica ir más allá del límite existente en los conocimientos científicos y técnicos de la ciencia médica, razón precisamente esta, por la cual difícilmente podríamos hablar en el marco de estas reclamaciones de regímenes de responsabilidad objetiva.

⁵⁷⁷ MACÍA MORILLO, Andrea, *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales. Las llamadas acciones de Wrongful birth y Wrongful life*, op.cit. p. 518.

⁵⁷⁸ Es precisamente esta la tesis sostenida por estos autores. MACÍA MORILLO, Andrea, *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales. Las llamadas acciones de Wrongful birth y Wrongful life*, op.cit. p. 518; ROMERO COLOMA, Aurelia, “Las acciones de wrongful birth y wrongful life en el ordenamiento jurídico español (especial referencia a la responsabilidad civil médica)”, op.cit. p. 2600. Siguiendo esta misma línea aun cuando refiriéndose únicamente al último de los supuestos. MUÑOZ MACHADO, Santiago, “Responsabilidad de los Médicos y responsabilidad de la Administración sanitaria (con algunas reflexiones sobre las funciones actuales de la responsabilidad civil)”, op.cit. pp. 277-281. Tal parece ser justamente la posición de este autor al descalificar el apartado I del artículo 141 de la Ley 30 de 1992, en redacción dada por Ley 4 de 1999 (Artículo 34 de Ley 40 de 2015, de Régimen Jurídico del Sector Público), en tanto que la considera incompatible respecto del artículo 106 de la Constitución Española. Ver. JORDANO FRAGA, Jesús, op.cit. pp. 332-336.

Por otro lado, en lo que se refiere al argumento de que la Administración sanitaria se encuentra inserta en el ámbito propio de aquellos regímenes de responsabilidad objetiva, es claro que ha sido la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo español quien se ha encargado de zanjar de una vez por todas este tipo de cuestionamientos. Así, pues, es doctrina reiterada del alto tribunal (SSTS Sala, Tercera, de 25 de abril, 3 y 13 de julio, 30 de octubre de 2007, 9 de diciembre de 2008 y 29 de junio de 2010) la consideración relativa a que cuando se trata de reclamaciones derivadas de actuaciones médicas, no resulta suficiente el acaecimiento por sí solo de una lesión, pues esto llevaría la responsabilidad objetiva más allá de los límites de lo razonable. Se estima que es preciso acudir al criterio de la “lex artis” como el mecanismo a partir del cual determinar la actuación médica correcta. Lo anterior, con total independencia del resultado que se haya producido tanto en la salud como en la vida del enfermo, en tal forma que se considera que no le es posible ni a la ciencia ni mucho menos a la Administración garantizar, en todo caso, la salud del paciente⁵⁷⁹. Bajo este entendido, es claro que aun cuando el Tribunal Supremo afirme de manera formal la aplicabilidad de un régimen objetivo de responsabilidad, en realidad el que ha venido utilizando es aquel que se configura a partir de la culpa o negligencia. Es decir, un régimen de responsabilidad subjetiva en toda regla⁵⁸⁰. Por consiguiente, en la experiencia propia del ordenamiento español, vale destacar que aun en los casos en que sea parte la Administración sanitaria, no podríamos hablar de regímenes o supuestos de responsabilidad objetiva, pues esto sería tanto como obligar a la Administración al cumplimiento de actividades que incluso desde los conocimientos técnicos y científicos de la ciencia médica resultan desobligantes, mandato que carecería de cualquier tipo de razonabilidad.

Cuando la intervención de estos eventos exoneradores de responsabilidad opera de forma concurrente con la prestación negligente del servicio de salud, de manera tal que constituyan auténticas causas no solo necesarias (causalidad física) sino también idóneas o adecuadas (causalidad jurídica) del perjuicio que se reclama; se deberá reducir la cuantía de la indemnización en función a la cuota causal atribuible al comportamiento negligente del agente. Así, pues, los efectos exoneradores del caso fortuito o fuerza mayor no operan de manera absoluta sino solo de manera parcial, pues es claro que de no

⁵⁷⁹Al respecto ha señalado: “frente al principio de responsabilidad objetiva interpretado radicalmente y que convertiría a la Administración sanitaria en aseguradora del resultado positivo y, en definitiva, obligada a curar todos las dolencias, ha de recordarse, como hace esta Sala en sentencia de 25 de febrero de 2009, recurso 9484/2004, con cita de las de 20 de junio de 2007 y 11 de julio del mismo año, el criterio que sostiene este Tribunal de que la responsabilidad de la Administración sanitaria constituye la lógica consecuencia que caracteriza al servicio público sanitario como prestador de medios, mas en ningún caso garantizador de resultados, en el sentido de que es exigible a la Administración sanitaria la aportación de todos los medios que la ciencia en el momento actual pone razonablemente a disposición de la medicina para la prestación de un servicio adecuado a los estándares habituales; pero de ello en modo alguno puede deducirse la existencia de una responsabilidad de toda actuación médica, siempre que ésta se haya acomodado a la lex artis, y de la que resultaría la obligación de la Administración de obtener un resultado curativo, ya que la responsabilidad de la Administración en el servicio sanitario no se deriva tanto del resultado como de la prestación de los medios razonablemente exigibles”. STS, Sala Tercera, de 24 de mayo de 2011, 3073/2011.

⁵⁸⁰En este mismo sentido. Ver. MEDINA ALCOZ, Luis, “Mitos y ficciones en la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. A propósito de la STS, Sala 3ª, de 27 de septiembre de 2011”, op.cit. pp. 160-168. Dejando entrever esta misma situación (la introducción enmascarada de una regla de culpa), son interesantes las consideraciones que a título general efectúa este autor en lo referente a la responsabilidad de las Administraciones Públicas por el funcionamiento normal de los servicios públicos. Ver. GONZÁLES PEREZ, Jesús, op.cit. pp. 453-454.

haber sido por la intervención conjunta de estos presupuestos causales no se habría materializado ningún perjuicio. En este mismo sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado en variadas ocasiones; al respecto, vale destacar la sentencia citada anteriormente, en la que se logra observar que la producción del daño en cuestión se llevó a cabo tanto por el acaecimiento de circunstancias atribuibles a la fuerza mayor, como por el comportamiento negligente llevado a cabo por la Administración⁵⁸¹.

9.3 La intervención de un tercero

La relación de causalidad también es susceptible de ser interrumpida cuando en la causación del perjuicio un tercer sujeto, extraño al ámbito de control de quien se predica responsabilidad, interviene a través de un comportamiento negativo o positivo generando un curso causal independiente que es precisamente el que origina realmente el daño⁵⁸². A diferencia de los anteriores supuestos de interrupción del nexo causal, el resultado de la intervención exclusiva de un sujeto extraño (tercero) no solo implica la exoneración de responsabilidad respecto del demandado, sino también la posibilidad de atribuir dicha responsabilidad al tercero como causante del perjuicio, naturalmente si se reúnen el resto de presupuestos necesarios⁵⁸³.

En el ámbito específico de los supuestos que engloban tanto las reclamaciones “wrongful birth” y “wrongful life” como aquellas que se refieren a las reclamaciones por “wrongful conception”, es difícil identificar eventos relativos a la intervención exclusiva de terceros, que en realidad resulten ajenos a la esfera funcional del responsable de la prestación del correspondiente servicio médico. Ello es así, en tanto que el acceso a la prestación médica que se esté llevando a cabo suele resultar restringida solo a quienes participan en ella, tratándose de sujetos que intervienen de manera regular en la prestación correspondiente. No obstante, es de destacar algunos eventos en donde podrían plantearse supuestos de intervención de terceros totalmente extraños a la actividad médica.

En lo concerniente a los eventos que dan causa a las reclamaciones “wrongful conception”, concretamente aquellos que se desarrollan en el marco de tratamientos anticonceptivos, es posible identificar ciertas circunstancias en donde se puede observar con mayor claridad la intervención de un tercero extraño a la esfera funcional del profesional de la salud. Pensemos, por ejemplo, en aquellos casos en donde el nacimiento no deseado se origina gracias al comportamiento negligente o descuidado de un farmacéutico que al revisar la respectiva prescripción médica, suministra al paciente

⁵⁸¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Tercera, Expediente No. 10846, de 26 de febrero de 1998, C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros. Es posible señalar que tanto en España como en nuestro país, se acoge mayoritariamente tanto en la doctrina como en la jurisprudencia la teoría de la intervención concurrente de la fuerza mayor y el caso fortuito. De manera, pues, que cuando estos eventos concurren con la conducta del agente dañoso en la producción del menoscabo, se ha de reducir la indemnización en proporción a la contribución causal de este. Defendiendo esta línea argumentativa en la doctrina española. GONZÁLES PEREZ, Jesús, op.cit. pp. 518-519; MEDINA ALCOZ, Luis, *Teoría de la Pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*, op.cit. pp. 417-425; PEÑA LOPEZ, Fernando, *La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual*, Comares, granada, 2002, p. 585, entre muchos otros.

⁵⁸² ARÉVALO REYES, Héctor, op.cit. p. 262; TAMAYO LOMBANA, Alberto, op.cit. p.253.

⁵⁸³ PÉREZ VIVES, Álvaro, *Teoría General de las Obligaciones*, Doctrina y Ley LTDA, 4ª edición, Vol. II, parte primera, Bogotá, 2011, p. 350.

un medicamento distinto -que no ostenta carácter contraceptivo- al ordenado por el profesional de la salud en virtud de un tratamiento anticonceptivo. En efecto, el curso de los acontecimientos es originado por el profesional médico al ordenar el suministro de determinados medicamentos con la intención de iniciar y hacer efectivo el tratamiento anticonceptivo acordado, nexo etiológico respecto del perjuicio que se ve resquebrajado, con el comportamiento que el farmacéutico realiza, pues con el referido actuar se inicia un curso causal totalmente independiente al anteriormente señalado, dando como resultado final, no solo el nacimiento no deseado sino también aquellos perjuicios por los cuales se reclama responsabilidad.

De otro lado, en lo que hace referencia a los supuestos cuyo ámbito de acción se lleva a cabo en el marco de procedimientos de diagnóstico, refiriéndonos particularmente a aquellos eventos que dan causa a las reclamaciones “wrongful birth” y “wrongful life”, también resulta interesante señalar, al menos dos casos, en donde puede resultar evidente la intervención exclusiva por parte de un tercero en la causación del daño, de manera, pues, que tal comportamiento pueda constituir la causa efectiva del perjuicio que se reclama. Pensemos, por ejemplo, en aquellas circunstancias en donde el diagnóstico erróneo proviene de datos o pruebas llevadas a cabo por profesionales de la salud distintos de aquel que finalmente emite el diagnóstico, de modo que en el procedimiento correspondiente intervienen un cúmulo de sujetos que ostentan un ámbito de control independiente. Es común encontrar este tipo de supuestos en el marco de la medicina privada, sin descartar aquellos que es posible que se presenten en el ámbito del Sistema General de Salud Pública, principalmente, atendiendo al sistema que opera en el Estado colombiano, pues debido a la particularidad en que se desarrolla el Sistema de Seguridad Social en Salud, es posible evidenciar alguno de estos eventos. Nos queremos referir a aquellos casos en donde la práctica de las pruebas prescritas por el profesional médico que finalmente emite el diagnóstico, se lleva a cabo por un laboratorio, ente prestador de servicio o profesional médico independiente del primero, de modo que, en términos generales, en el procedimiento de diagnóstico intervienen sujetos cuyo ámbito de control resultan independientes entre sí. Así, pues, si el laboratorio, ente prestador de servicio o profesional médico encargado de realizar la prueba debido al comportamiento negligente emite un resultado erróneo, aquel profesional médico o entidad encargada de emitir formalmente el diagnóstico será exonerado de cualquier responsabilidad que en virtud de la causación del falso negativo se pueda generar en los padres. Ello es así, en tanto que la actuación de los segundos se encuentra totalmente determinada por la de los primeros, siendo la conducta negligente de estos la causa adecuada e idónea (causalidad jurídica) del perjuicio⁵⁸⁴. Adicionalmente, aun cuando esto nos remita nuevamente a los terrenos de los títulos de imputación (culpa), es evidente que en virtud del principio de confianza, inserto en el ámbito de las reglas del oficio médico (“lex artis ad hoc”), el profesional o entidad encargada de emitir el diagnóstico final, podía confiar en la actuación de los otros profesionales, siempre y cuando de su actuar o comportamiento no se arrojaran indicios de una conducta manifiestamente negligente o incompetente, razón por la cual es forzoso concluir que en estos eventos la conducta posterior de aquel no es más que una conducta de tipo instrumental que viene determinada por la de aquellos que practican finalmente la prueba diagnóstica.

⁵⁸⁴ Siguiendo esta misma línea de pensamiento. Ver. MEDINA ALCOZ, Luis, “La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Régimen General y Especialidades”, op.cit. p. 19; TAMAYO JARAMILLO, Javier, *Tratado de Responsabilidad civil*, Tomo I, op.cit. p. 249.

El supuesto que ilustraremos a continuación se engloba exclusivamente en el ámbito de las reclamaciones “wrongful life”, en donde son justamente los padres, quienes en vez de fungir como demandantes, pasan a ser terceros que con su actuar interrumpen el curso causal iniciado por el profesional de la salud. Las conductas desplegadas por los padres tienen respecto del demandante en este tipo de reclamaciones la condición de hecho de tercero, por lo que la eventual prueba de que los padres, de haber recibido un diagnóstico ajustado a la realidad igual habrían decidido obtener descendencia o continuar con el proceso de embarazo, supone la acreditación de un hecho (la circunstancia relativa a que en la decisión de los padres en nada incidió el actuar del profesional de la salud) que quiebra el curso causal iniciado por el comportamiento médico. Así mismo, es de resaltar que todos aquellos escenarios analizados anteriormente en donde el falso negativo tiene lugar gracias a la conducta de la propia víctima resultan perfectamente aplicables como hecho de tercero en el marco de estas demandas, por lo que nos remitimos a lo allí analizado. La cuestión relativa a si además de la exoneración de responsabilidad como consecuencia de la interrupción del nexo etiológico, es posible plantearse una reclamación del niño frente a sus propios padres por su intervención en la causación del nacimiento en condiciones anómalas, es un interrogante que excede el estudio de las reclamaciones que aquí nos encontramos adelantando, de modo que debería abordarse a partir de una investigación cuyo objeto principal verse sobre las denominadas demandas por procreación irresponsable.

Finalmente, en lo que respecta a la intervención concurrente por parte de terceros, tal cual como se dejó por sentado en los epígrafes anteriores, el comportamiento concurrente de sujetos ajenos a las partes no exonera de responsabilidad al profesional médico o a quien se le impute responsabilidad. Tal actuar no ostenta la entidad suficiente para interrumpir el nexo causal. En consecuencia, se le otorga cabida a la teoría de la causalidad parcial o proporcional, imputándosele responsabilidad al demandado previo cumplimiento del resto de presupuestos exigibles. Tal imputación se llevará a cabo en la medida de la cuota causal que se le atribuya, proyectándose tal situación en el *quantum* indemnizatorio⁵⁸⁵.

⁵⁸⁵ Siguiendo esta misma línea interpretativa. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Tercera, Expediente No. 13233, de 22 de junio de 2001, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

CONCLUSIONES

I

El derecho de responsabilidad civil o patrimonial ha venido consolidándose vertiginosamente, razón por la cual no es ni mucho menos comparable el contenido del mismo en sus orígenes con respecto al de la actualidad. Es evidente, pues, que las circunstancias de modo, tiempo y lugar resultan fundamentales en la evolución de la institución de la responsabilidad civil o patrimonial, y que determinados hechos o sucesos que inicialmente no resultaba posible considerarlos como circunstancias relevantes para esta concreta institución del derecho, en la actualidad resultan cuanto menos importantes. De igual manera, es de resaltar que la evolución que puede experimentar toda sociedad en cualquiera de sus ámbitos, como por ejemplo podría suceder con los avances tecnológicos, puede generar el acaecimientos de nuevas circunstancias que antes resultaba imposible imaginar; hechos que no podrían dejar de ostentar relevancia jurídica, y más concretamente para el derecho de daños. Por tal motivo, los supuestos de hecho que puedan resultar relevantes para la institución de la responsabilidad civil o patrimonial ostentan cierta tendencia a ir aumentando tanto cualitativa como cuantitativamente, y es precisamente la jurisprudencia quien cumple un factor fundamental en que ello sea así, en tanto es la encargada de aplicar, según el contexto de una sociedad determinada, los postulados básicos del derecho de daños.

Las reclamaciones de responsabilidad que a lo largo de este estudio hemos venido abordando constituyen un claro ejemplo de lo señalado, de suerte que la gran mayoría de los supuestos de hecho que aquí se engloban han tenido cabida gracias a la evolución que en muchos ámbitos ha ostentado la sociedad en general. No obstante lo anterior, la aplicabilidad de estas reclamaciones de responsabilidad en los distintos ordenamientos jurídicos no ha resultado tarea fácil. De hecho, existen ordenamientos jurídicos que han negado su aplicabilidad o han aceptado su aplicabilidad parcial, precisamente por considerar que la misma podría ir en contra de ciertos principios y postulados fundamentales. Cuestión que se agrava aún más si la aplicación de estas se intenta realizar en sociedades cuya tradición de corte conservador resulta cuanto menos importante, y en donde el aspecto ético, moral y religioso ostenta una connotación fundamental; tal como en efecto sucede en países como Colombia, en donde aún ni siquiera podemos hablar de un derecho a la interrupción voluntaria del embarazo sin ningún tipo de necesidad de circunscribirse a unas causales estrictas a efectos de poder hacerlo efectivo.

Nos hemos querido referir a lo largo de esta obra a algunas reclamaciones de responsabilidad que se relacionan con un hecho fundamental: el nacimiento, o el mero hecho de vivir; concretamente aquellas denominadas “wrongful conception”, “wrongful birth” y “wrongful life”. En lo que tiene que ver con las primeras, los supuestos de hecho en los que se engloban estas concretas reclamaciones atienden concretamente a aquellos eventos en donde se lleva a cabo el nacimiento no consentido de un niño a causa del actuar médico asistencial negligente del responsable de la prestación del servicio

respectivo. Es importante resaltar que el consentimiento en estos casos no se encuentra condicionado al estado de salud que pueda ostentar el niño, como sucede en las reclamaciones “wrongful birth” y “wrongful life”, en tanto que aquí en ningún momento y bajo ninguna circunstancia el progenitor se ha planteado la idea de obtener descendencia alguna, y que en ocasión de la negligencia médica, esta finalmente se ha obtenido. Así, en el presente estudio hemos señalado tres grandes supuestos en los que se engloban estas reclamaciones de responsabilidad: el primero de ellos se refiere a aquellos supuestos en donde el nacimiento no consentido se lleva a cabo a causa de procesos negligentes anticonceptivos o de esterilización que en todo caso resultan fallidos; el segundo de ellos se refiere concretamente al nacimiento no consentido de un niño a causa de la práctica negligente de la interrupción del embarazo; y finalmente, el tercero de ellos se refiere a aquellos eventos en que el nacimiento no consentido obedece al acaecimiento de relaciones sexuales no consentidas.

En lo que respecta con las reclamaciones “wrongful birth” y “wrongful life”, es de señalar que en comparación con otras reclamaciones relacionadas con el nacimiento, se han de entender cobijados aquellos casos en que los padres, que se someten a un diagnóstico bien preconcepcivo, prenatal, preimplantatorio o que se encuentren en aquellos eventos propios del diagnóstico indirecto, reciben un “falso negativo” relacionado con su descendencia futura. “Falso negativo” que debe haber sido provocado por el actuar negligente del responsable de la prestación del servicio médico asistencial que corresponda. Es claro, que dicha alteración de la realidad ocasionada por la información tergiversada suministrada al paciente impide adoptar una decisión consciente, bien sea esta, positiva o negativa, en relación con la concepción, el traspaso al útero del embrión *in vitro* o del nacimiento propiamente dicho.

Es común encontrar argumentos de corte extrajurídico, bien éticos o religiosos, que tienen como pretensión primordial erradicar cualquier tipo de aplicabilidad de estas reclamaciones de responsabilidad, en tanto se aduce que pretender utilizar el derecho de daños para indemnizar sucesos o hechos -*nacimientos en condiciones óptimas o en condiciones de discapacidad*-, que más que constituir daños, son en realidad bendiciones o acontecimientos por los que solo hay que estar agradecidos, sería un despropósito e iría en contra de los postulados básicos de la institución de la responsabilidad civil o patrimonial. Es de resaltar que estos argumentos de corte extrajurídico por sí solos no pueden entrar a determinar la inaplicabilidad de estas reclamaciones de responsabilidad, por lo cual el papel que está llamado a efectuar la jurisprudencia en este sentido como defensor del dinamismo que debe existir en el derecho es significativamente importante, es decir, resulta necesario que los encargados de administrar justicia se abstraigan de ese cúmulo de concepciones de orden metajurídico y atiendan más concretamente a aquellos argumentos de orden jurídico teniendo en cuenta el contexto social determinado. Así las cosas, en el presente estudio nos hemos abstraído en la medida de lo posible de la utilización de este tipo de conceptos metajurídicos para analizar estas pretensiones de responsabilidad, y nos hemos enfocado de manera más concienzuda en argumentos de corte jurídico, de manera tal que sea posible evidenciar su compatibilidad respecto del derecho de daños.

II

Teniendo en cuenta que estas pretensiones de responsabilidad se evidencian a partir de hechos que acaecen en el seno de la responsabilidad médico-hospitalaria, pero que

además de lo anterior, para que resulte posible algún tipo de enjuiciamiento a partir de las mismas, debe existir como condición “sine qua non”, la negligencia en la actuación médico-asistencial del encargado de la prestación del servicio correspondiente; resulta fundamental el título de imputación culpa o falla del servicio, en el análisis de estas pretensiones, de tal manera que si no se evidencia ningún tipo de reproche jurídico en el actuar médico – asistencial dispensado por aquellos a quienes se les endilga responsabilidad por este tipo de supuestos, no podríamos en ningún modo hablar de responsabilidad civil o patrimonial a partir de estas concretas reclamaciones.

Por tratarse de reclamaciones que se engloban dentro de los supuestos propios de la responsabilidad médica, la “lex artis” se convierte en el concepto jurídico primordial a partir del cual identificar la reprochabilidad de las conductas médico – asistenciales. Aquel actuar que atente contra los postulados establecidos en estas reglas del oficio médico resultará reprochable y podría conllevar a la declaratoria de responsabilidad patrimonial y al pago de indemnizaciones por los daños que surjan como consecuencia de dicho actuar. En aquellos supuestos en los que se engloban las reclamaciones “wrongful conception”, los encargados de la prestación del respectivo servicio médico, deben cumplir con aquellos deberes de actuación. Así pues, para erradicar una eventual endilgación de responsabilidad respecto de aquellos encargados de la respectiva prestación del servicio resulta fundamental que dichos resultados no deseados (el nacimiento del niño, sea en condiciones óptimas o de discapacidad) se hayan obtenido por razones distintas al mal desempeño médico – asistencial, bien sea porque este no ocurrió o porque el mal desempeño médico nada tuvo que ver con el resultado.

Por otro lado, en lo que tiene que ver con aquellos supuestos en los que se engloban las reclamaciones “wrongful birth” y “wrongful life”, si bien debe cumplirse de igual manera con unos deberes de actuación en la prestación médica suministrada al paciente; en estos casos dichos deberes se enfocan en la información. El reproche al actuar médico encargado de la prestación del servicio correspondiente radica precisamente en que la falta de información, información errónea o extemporánea que genera el falso negativo en el paciente, surge a causa del incumplimiento de las reglas propias del oficio médico. Es de aclarar que si alguno de estos sucesos se manifiestan sin el advenimiento de algún tipo de incumplimiento a las reglas propias de la “lex artis”, no se cumpliría con este presupuesto fundamental (culpa - falla del servicio) para la imposición de responsabilidad civil o patrimonial, y por tanto, habría que descartar cualquier tipo de condena judicial en este sentido.

III

Uno de los obstáculos más relevantes en el estudio de estas reclamaciones de responsabilidad ha sido precisamente la identificación de un daño antijurídico. Los principales argumentos que rechazan este tipo de reclamaciones se enfocan en identificar el daño antijurídico en la vida, señalando que tal hecho, constituye por sí mismo un despropósito, toda vez que la vida no puede bajo ningún concepto y en ninguna condición suponer un daño antijurídico. No obstante, este obstáculo se ha venido superando de manera importante, no solo por los aportes de la doctrina sino también por los de la jurisprudencia, en tanto que haciendo uso de la teoría de la separación, se ha desligado del hecho de la vida, el daño antijurídico, ubicando este en otros hechos que surgen como consecuencia del nacimiento.

Ha sido justamente la separación del daño antijurídico del hecho de la vida, lo que ha permitido en gran medida consolidar a estas reclamaciones en el derecho de daños. Sin embargo, es claro, que dicha separación ha sido más comúnmente aceptada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia respecto de las reclamaciones “wrongful conception” y “wrongful birth”; que respecto de las reclamaciones “wrongful life”. Sin existir unanimidad de criterios en lo que tiene que ver con la aceptación de la mencionada teoría de la separación respecto de las dos primeras reclamaciones de responsabilidad, sí que es cierto que existe en la actualidad cierta tendencia a otorgarle aplicabilidad a dicha teoría. Al margen de lo anterior, en el presente estudio se abordó de manera cuidadosa la cuestión relativa a si en efecto la teoría de la separación resultaba inaplicable en las reclamaciones “wrongful life”, llegando a la conclusión que ello no tiene por qué ser así. Es cierto que en estos eventos existe una mayor dificultad de separar el hecho de vivir de aquellos daños antijurídicos, más cuando se señala de manera concreta que en estas reclamaciones se reprocha que con el actuar médico-asistencial negligente se produjo una vida en condiciones de discapacidad que sufre precisamente el actor. Sin embargo, resulta totalmente irrazonable permitir la concesión de indemnizaciones en favor de los padres, y negársela por exactamente los mismos hechos al niño que padece aflicciones y sufrimientos severos a causa de saberse en las condiciones en que se encuentra y de que nunca podrá tener una vida normal. Si bien las anomalías o malformaciones de orden genético o congénito resultan inseparables de la vida del niño, es decir, nunca existió ni la más mínima posibilidad de tener una vida sana o ausente de anomalías, surgiendo como única posibilidad la no existencia. No es menos cierto que dicha imposibilidad no puede ser óbice para identificar que la conducta negligente del profesional médico fue determinante en el padecimiento del niño, afectación o perjuicio que no debe ubicarse en la vida en condiciones de discapacidad sino en la fuerte aflicción moral y psicológica que experimenta el niño a raíz de esta circunstancia, aun cuando esta se refiera específicamente a su propia vida; o en el perjuicio patrimonial que este pudo haber sufrido a raíz del nacimiento en estas concretas circunstancias, naturalmente cuando dichas erogaciones pecuniarias no se hayan ejecutado del patrimonio de los padres sino exclusivamente del patrimonio del niño.

Haciendo un análisis más específico en lo que tiene que ver con la identificación del daño en las reclamaciones “wrongful conception” y “wrongful birth”, existen determinados sucesos o hechos que surgen como consecuencia del nacimiento bien sea en condiciones óptimas o de discapacidad.

En primer lugar, encontramos la violación al derecho a la autodeterminación reproductiva, un derecho autónomo de carácter inmaterial. Este derecho tiene dos perspectivas concretas: la libertad de procreación futura y el derecho a interrumpir voluntariamente el embarazo. Derecho este último, que según los lineamientos del ordenamiento jurídico colombiano -a diferencia de lo señalado en el ordenamiento jurídico español- se encuentra circunscrito a tres eventos específicos: i) cuando se presente un peligro para la salud tanto psicológica como física de la gestante ii) cuando exista grave malformación del feto que resulte incompatible con la vida y iii) cuando la concepción se haya realizado con ocasión de una relación sexual no consentida, transferencia de ovulo fecundado o inseminación artificial no consentida. A efectos puramente prácticos nos hemos referido a la mencionada libertad de procreación futura como aquel derecho que ostenta toda persona de decidir de manera libre cualquier cuestión relativa a su descendencia futura. En segundo término, encontramos el derecho

a interrumpir voluntariamente el proceso de embarazo, naturalmente, teniendo en cuenta los requisitos y condiciones fijados por el ordenamiento jurídico para que este tenga lugar y más concretamente para su ejercicio. En el marco concreto de las reclamaciones que nos ocupan, esta libertad de procreación futura y el derecho a interrumpir voluntariamente el proceso de embarazo son auténticos intereses jurídicamente tutelados por el ordenamiento. El atentado en contra de dichos intereses constituye un detrimento o menoscabo que origina la existencia de un derecho a ser indemnizado; conculcación que se refleja en la violación a la autodeterminación reproductiva, bien porque haciendo uso de la libertad de procreación se decide no tener más descendencia y esta se produce en ocasión a la conducta negligente del médico, bien porque se toman decisiones relativas a la procreación que no resultan conscientes ni informadas debido a la defectuosa prestación del servicio.

En segundo lugar, se identifican como auténticos daños indemnizables en este tipo de reclamaciones, la existencia de un daño patrimonial y moral como consecuencia directa del nacimiento del niño. En estos eventos es necesario efectuar una serie de precisiones al respecto. En las reclamaciones “wrongful conception”, en lo que respecta al daño patrimonial por el nacimiento del niño, debe diferenciarse entre aquel desmedro patrimonial ocasionado por los gastos destinados a la manutención del niño y el desmedro patrimonial ocasionado por aquellos gastos extraordinarios, destinados única y exclusivamente para paliar o reducir los efectos de la enfermedad o patología existente en el menor. En lo que tiene que ver con esta cuestión, resulta interesante darle aplicabilidad la regla norteamericana de la “offset rule”, la cual se perfila como un argumento primordial que rechaza la posibilidad de identificar algún daño indemnizable en los gastos ordinarios que surgen de la necesidad de mantener y educar al niño. Así, aquellos desmedros patrimoniales ocasionados por los gastos ordinarios de manutención del niño, en líneas generales no pueden ser considerados auténticos daños antijurídicos, en tanto que si bien dichas erogaciones pecuniarias podrían constituir un detrimento económico en los padres de cualquier niño, también es cierto que dichos gastos generan de manera correlativa una serie de incalculables beneficios, un conjunto de ventajas de variada índole que difícilmente se verán aminoradas por las connotaciones financieras que supone la crianza de un niño, incluso, un cúmulo de situaciones que más que afectar el proyecto de vida de los padres lo enriquecen de manera considerable. Es decir, en estos casos, los beneficios propios de la paternidad, así como aquellos beneficios inherentes al mero hecho de vivir, no solo compensan aquellos gastos ordinarios que a partir del nacimiento del niño se deben asumir, sino que los supera. En lo que respecta al desmedro patrimonial ocasionado a raíz de aquellos gastos extraordinarios, la cuestión no puede recibir el mismo tratamiento, en tanto que los distintos beneficios que surgen a partir de su existencia no compensan todas aquellas situaciones de afectación que se originan a raíz del nacimiento. En este estado de la cuestión, es necesario manifestar que no en todas las circunstancias el nacimiento de un hijo constituye, en exclusiva, un motivo de alegría, felicidad y satisfacción, por lo que el conjunto de beneficios inherentes a la paternidad, así como aquellos relativos al hecho de vivir, pueden verse reducidos de manera directamente proporcional a la gravedad de las anomalías padecidas. No se pretende negar dichos beneficios, pues esto resultaría un despropósito, lo que se busca es ilustrar sobre la idea de que es indudable que las cargas normales que conlleva la paternidad, así como la vida en condiciones normales, se vean superadas en razón a la condición especial del niño, excediendo en esa medida los beneficios que surgen por el mero hecho de ser padre o de vivir. Es claro que estos gastos especiales resultan significativos, por lo que tal detrimento resulta relevante jurídicamente. En resumen, la

asunción de dichas cargas económicas extraordinarias constituyen un daño antijurídico en el patrimonio económico de los padres. Por otro lado, en lo que tiene que ver con el daño o perjuicio de orden moral, es de señalar que este tipo de perjuicios solo resulta aplicable para aquellos eventos en donde el nacimiento se haya efectuado en condiciones de discapacidad, rechazando cualquier indemnización por eventuales perjuicios morales que se ocasionen a raíz de un nacimiento no deseado cuando este haya dado lugar a un nacimiento en condiciones óptimas, pues dicha perturbación o el impacto psicológico que pueda evidenciar un nacimiento no deseado en estas concretas circunstancias, no ostenta la entidad suficiente, ni altera de manera importante una situación de favorabilidad. Este daño moral se traduce en la aflicción o sufrimiento que padecen los padres al contemplar día con día la situación del niño, en el impacto que supone para estos saber que aquel jamás podrá llevar una vida normal, en la angustia que comporta para los padres la consideración que sobre sí mismo pueda llegar a desarrollar el niño a lo largo de su vida, y, finalmente, en la congoja y severa preocupación respecto de cuál será la suerte del niño cuando los padres dejen de existir.

Finalmente, en tercer lugar se identifican como daños indemnizables, la alteración en las condiciones de existencia de los progenitores a raíz del nacimiento del niño. El nacimiento inesperado de un niño en condiciones óptimas de salud a causa del comportamiento médico-asistencial negligente, crea indudablemente en el curso normal de las condiciones de vida de los padres, ciertas modificaciones trascendentales en su existencia propiamente dicha, pero muy difícilmente podríamos calificar dichas alteraciones como una mengua o un detrimento a los intereses jurídicos protegidos por cualquier ordenamiento. En efecto, no es posible determinar la anormalidad en la alteración de la situación personal o familiar de los padres, así como tampoco afirmar aquel reducto de afectación que supone el dejar de realizar aquellas actividades cotidianas que hacían parte de su vida. En consecuencia, el nacimiento de un niño en condiciones óptimas de salud bajo ninguna circunstancia podría constituir una afectación a esa esfera externa de los padres, al menos no en los términos en los que se estima necesario para calificarlos como perjuicios indemnizables. En atención a los anteriores razonamientos, y, al margen de aquellos casos en donde el nacimiento se lleva a cabo en circunstancias graves de discapacidad, intentar identificar este tipo de daños en el ámbito de las reclamaciones “wrongful conception” podría resultar cuanto menos dudoso, siendo forzoso aconsejar su rechazo. En lo que hace referencia al nacimiento en condiciones graves de discapacidad, la cuestión no puede ser abordada de la misma manera. La muerte o el padecimiento de lesiones físicas graves en la víctima, han constituido aquellos eventos tradicionales que por lo general han dado causa a la aparición de esta tipología concreta del daño inmaterial. Así pues, el nacimiento en condiciones graves de discapacidad de un hijo a causa de la conducta médico-asistencial negligente constituye, en términos normales, uno de estos eventos o circunstancias fácticas que pueden llegar a alterar de manera anormal el curso cotidiano de la vida de los padres, en tanto que es indudable que la incidencia que de suyo conlleva la existencia de un hijo con graves malformaciones en la vida tanto personal como familiar de los padres es sumamente determinante. De conformidad con lo anteriormente señalado, entendemos que esta tipología del daño inmaterial puede ser perfectamente introducida en el marco de las reclamaciones “wrongful birth”, así como en aquellos supuestos relativos a las demandas “wrongful conception”, en donde el nacimiento del niño se lleva a cabo en circunstancias de malformación.

Por su parte, en lo que tiene que ver con las reclamaciones “wrongful life” también es posible encontrar algunos daños o perjuicios indemnizables que no se identifican con el hecho de la vida, en tanto que haciendo uso de la denominada teoría de la separación, es posible identificar en otros hechos o sucesos, perjuicios que ostentan gran relevancia para el ordenamiento jurídico. En primer lugar, es posible identificar en la aflicción o congoja que padece el niño a causa de las malformaciones congénitas o enfermedades que le impiden el desarrollo de una vida normal, un perjuicio o daño moral que resulta antijurídico, y por tanto indemnizable. La aflicción, sufrimiento y congoja que experimenta el niño al adquirir conciencia de la magnitud de su condición psicofísica y de los efectos que ello genera en el desenvolvimiento de sus actividades cotidianas, no puede resultar indiferente en cualquier sistema de responsabilidad resarcitoria. La afectación manifiesta que experimenta la víctima afecta las condiciones mínimas de salud física y mental que deben garantizarse. Tal separación del daño, en los mismos términos que la referida teoría alemana de la “Trennungslehre”, puede ser de perfecta aplicación a este tipo de reclamaciones. Es cierto que el hecho de que sea precisamente el afectado con las malformaciones o anomalías congénitas el que reclame la indemnización por aquellos perjuicios que estima padece, hace más difícil la tarea de identificar dichos perjuicios en eventos distintos o ajenos al hecho mismo de la vida. Se suele negar entidad propia a tales sentimientos de angustia, sufrimiento y congoja que padece el niño y calificar como causa real de dichas reclamaciones la vida en condiciones de discapacidad. Al margen de todo ello, es importante dejar por sentado aquí que si bien el hecho en sí mismo de vivir en condiciones de discapacidad adquiere mayor relieve en aquellos casos en donde quien funge como demandante es el propio niño afectado, no es menos cierto que el padecimiento de aquel sentimiento de frustración y angustia constituye un evento totalmente distinto, independiente y completamente ajeno al hecho que le sirve de causa. Es indudable que este evento independiente se ajusta perfectamente a la consideración de daño moral que ha sido utilizada tanto por la jurisprudencia colombiana como española.

Por otra parte, y como otro de los daños indemnizables que es posible identificar es estas concretas reclamaciones de responsabilidad, encontramos el detrimento de orden patrimonial que eventualmente podría sufrir el niño a causa de los gastos derivados de su nacimiento. En lo que tiene que ver con esta cuestión se aplican las mismas reglas analizadas anteriormente referentes a la necesidad de identificar como perjuicios indemnizables aquellos detrimentos patrimoniales que se ocasionan a raíz de los gastos extraordinarios relacionados con la enfermedad o patología, y no aquellos que se ocasionan a raíz de los gastos ordinarios de manutención. No obstante lo anterior, hay que resaltar que para evitar que se presente una duplicidad de indemnizaciones por el mismo perjuicio resulta fundamental verificar específicamente cuál ha sido el patrimonio que efectivamente ha tenido que asumir dichos gastos extraordinarios. A partir de aquí, se podrá identificar cuál es el patrimonio que está experimentando un menoscabo o detrimento y, en consecuencia, a quién se le corresponde otorgar la indemnización a que haya lugar.

IV

El elemento de la causalidad, como presupuesto fundamental para la atribución de responsabilidad civil o patrimonial, también ha constituido otro de los importantes obstáculos a los que se ha tenido que hacer frente para otorgarle aplicabilidad a las reclamaciones de responsabilidad que hemos abordado en este trabajo. Tal como se tuvo la oportunidad analizar, existen daños antijurídicos que por su naturaleza solo pueden

tener ocurrencia con anterioridad al momento del nacimiento, tal como sucede con el relativo a la privación del derecho a la autodeterminación reproductiva, y otros con posterioridad a tal hecho, como sucede, en efecto, con los perjuicios de orden inmaterial o patrimonial que podrían surgir a raíz de la existencia del niño. Esta situación resulta fundamental en el estudio de la causalidad respecto de este tipo de reclamaciones, en tanto que dependiendo de un caso u otro, existe mayor o menor dificultad en lo que tiene que ver con el estudio de la causalidad. Así las cosas, aquellos daños que se manifiestan únicamente con anterioridad al hecho del nacimiento, no ostentan mayor dificultad en el análisis de causalidad, razón por la cual, suele ser común que desde el estudio de este presupuesto de la responsabilidad civil, estos daños no presenten mayores dificultades en su aceptación; de hecho, ello es así, y se refleja en gran medida en los fallos de aquellos tribunales que han aceptado este tipo de reclamaciones y le han dado aplicabilidad a la teoría de la separación anteriormente señalada, determinando el reconocimiento de indemnizaciones por estos concretos daños antijurídicos.

Por otra parte, en lo que respecta a aquellos daños que se manifiestan únicamente con posterioridad al hecho del nacimiento, la cuestión no ha sido para nada pacífica. Situación que ha generado que muchas sentencias que han fallado en favor de este tipo de pretensiones de responsabilidad, solo lo hayan hecho respecto de aquellos perjuicios que surgen antes del hecho del nacimiento, y hayan rechazado aquellos que surgen con posterioridad. En todo caso, afirmar que los perjuicios que surgen con posterioridad al nacimiento son incompatibles con este presupuesto fundamental del derecho de daños sería incorrecto.

En atención a la naturaleza de las reclamaciones “wrongful conception”, de sus concretas características, y de los supuestos a partir de los cuales se engloban las mismas, es de afirmar que estas reclamaciones no revisten mayor problemática en el estudio del elemento de la causalidad, ni aun respecto de aquellos perjuicios que se podrían manifestar con posterioridad al nacimiento; en tal forma que es posible determinar con significativa facilidad a partir de los supuestos que le dan causa, que la conducta médica que se enjuicia constituye condición material *sine qua non* en la producción de los perjuicios que allí se identifiquen. Sin embargo, en lo que se refiere a las reclamaciones “wrongful birth” y “wrongful life” la cuestión varía de manera importante, y la problemática se plantea en torno a los perjuicios patrimoniales e inmatrimoniales posteriores al nacimiento que se podrían experimentar tanto por parte de los progenitores como por parte del niño, dependiendo del tipo de reclamación al que nos refiramos.

Tal como se ha señalado a lo largo del trabajo, hemos coincidido con el grueso de la doctrina en identificar en cuatro grandes supuestos de hecho, los eventos a partir de los cuales se engloban estas concretas reclamaciones de responsabilidad. Así, encontramos los eventos de diagnósticos preconcepcionales, de diagnósticos preimplantatorios, de diagnósticos prenatales, y aquellos eventos de diagnósticos indirectos. Sobre esta concreta cuestión han habido infinitudes de criterios disímiles: algunos rechazando de manera general cualquier curso causal respecto de aquellos daños posteriores al nacimiento; también encontramos autores que rechazan o afirman en términos generales la existencia de un vínculo etiológico, en función de a partir de cuándo inicia el curso causal, es decir, a partir de cuál de estos supuestos de hecho; y finalmente, encontramos autores que sin llevar a cabo ningún tipo de análisis concienzudo, estiman procedente el enlace etiológico respecto de estos daños posteriores.

No obstante lo anterior, y a pesar de la variabilidad de criterios, algunos con mayor sustento argumentativo que otros, también se ha querido efectuar a la literatura jurídica un aporte de calidad en lo que tiene que ver con esta cuestión en concreto. Así pues, evaluando con detenimiento cada uno de los supuestos a partir de los cuales se engloban estas reclamaciones puede concluirse que, en términos generales, y con excepción de los supuestos de diagnósticos indirectos -casos en los cuales no es posible afirmar la existencia de un vínculo etiológico respecto de ningún tipo de daño, en tanto que, en condiciones normales, ni siquiera es posible hablar del acaecimiento de un falso negativo, presupuesto fundamental en este tipo de reclamaciones-, es perfectamente posible afirmar la existencia de un vínculo etiológico entre la conducta médica negligente y aquellos daños que surgen con posterioridad al nacimiento del niño. Sin embargo, ello no quiere decir que no puedan existir determinadas circunstancias, tal como se ha venido señalando, en donde es posible que tales indicios no arrojen la suficiente probabilidad para entender por acreditada la existencia de un curso causal verificable o, por el contrario, que de dichas circunstancias sea posible verificar que la conducta enjuiciada no incidió desde ningún punto de vista en el acaecimiento de los perjuicios por los cuales se reclama. Supuestos más bien excepcionales, en donde cabría aplicar la teoría de la causalidad probabilística (pérdida de la oportunidad) si nos encontramos ante cursos causales no verificables, o definitivamente rechazar cualquier reclamación de responsabilidad civil o patrimonial por determinar con suficiente grado de probabilidad la inexistencia de un vínculo etiológico.

V

Lo que finalmente es posible extraer como conclusión general de todo este estudio, es que los distintos elementos de la responsabilidad civil o patrimonial resultan plenamente compatibles con las reclamaciones de responsabilidad aquí estudiadas. Es claro, pues, que podrían presentarse determinadas circunstancias excepcionales en que dicha compatibilidad no resulte comprobada respecto de alguno de los distintos elementos del derecho de daños, tal como tuvimos la oportunidad de analizar, pero también es cierto que la ocurrencia de lo anterior no significa que en términos generales deban rechazarse las mismas. De igual manera es de destacar la aplicabilidad de la teoría de la causalidad probabilística – teoría de la pérdida de la oportunidad en el seno de este tipo de reclamaciones de responsabilidad, en tanto que contribuyen en el afianzamiento de la compatibilidad de las mismas respecto de los elementos propios del derecho de daños, y así evitar que se sigan tomando determinaciones muchas veces injustas, que resultan muy comunes en el derecho de responsabilidad patrimonial, esto es, obligar a la víctima a que asuma la carga de las incertidumbres causales. Con la aplicabilidad de esta teoría en el seno de estas reclamaciones se abre la posibilidad de tomar determinaciones más acordes con el principio de la reparación integral.

RELACIÓN JURISPRUDENCIAL

ALEMANIA

- Landsgericht Itzehoe, 21 de noviembre de 1968, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, p. 90.
- BGHZ de 11 de mayo de 1971, *NJW* 1971, p.1883.
- BGHZ de 18 enero de 1983, *JZ*, 1983, p. 447.
- BGHZ de 22 de noviembre de 1983, *NJW* 1984, p. 655.
- BGH de 19 de junio de 1984, *NJW* 1984, p. 2625.
- BGHZ de 27 de noviembre 1984, *NJW*1985, p. 671.
- OLG Stuttgart de 28 de enero de 1987: *NJW*, 1988, 1934.
- BGH de 7 de julio de 1987, *NJW* 1987, 2923.
- BVerfGE de 28 de mayo de 1993, *NJW* 1993, p.1751.
- BGH de 16 noviembre 1993, *NJW* 1994, p. 788.
- BGH de 23 de marzo de 1995, *NJW* 1995, p.1609.
- BGH de 27 de junio de 1995, *NJW* 1995, p. 2407.
- BVerfG de 22 octubre de 1997, *NJW* 1998, p. 523.
- BGH de 15 de febrero de 2000, *NJW* 2000, 1782.
- BGHZ de 4 de diciembre de 2001, *VersR* 2002, p. 233.
- BGH de 18 de junio de 2002, *NJW* 2002, p. 2636.

COLOMBIA

- Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, sentencia de 5 de marzo de 1940, M.P. Liborio Escallon.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, sentencia de 12 de septiembre de 1985, M.P. Horacio Montoya Gil.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, sentencia de 26 de noviembre de 1986, M.P. Héctor Gómez Uribe.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera, expediente No. 6367, sentencia de 7 de octubre de 1991, C.P. Carlos Betancur Jaramillo.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera, expediente No. 6477, sentencia de 14 de febrero de 1992, C.P. Carlos Betancur Jaramillo.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera, Expediente No. 7428, de 6 de mayo de 1993. C.P. Julio Cesar Uribe Acosta.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera, expediente No. 7973, sentencia de 18 de abril de 1994, C.P. Julio Cesar Uribe Acosta.
- Corte Constitucional, Sentencia C-333/1996, de 1 de agosto de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera, expediente No. 10251, sentencia de 4 de septiembre de 1997, C.P. Ricardo Hoyos Duque.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera, expediente No. 11802, sentencia de 19 de febrero de 1998, C.P. Daniel Suarez Hernández.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Tercera, Expediente No. 10846, de 26 de febrero de 1998, C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Tercera, Expediente No. 10755, de 26 de abril de 1999, C.P. Ricardo Hoyos Duque.
- Corte Constitucional, Sentencia SU- 337/1999, de 12 de mayo de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Tercera, Expediente No. 11670, de 16 de marzo de 2000.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Tercera, Expediente No. 12548, de 15 de junio de 2000, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Tercera, Expediente No. 11688, de 15 de junio de 2000. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera, expediente No. 12123, sentencia de 16 de agosto de 2000, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, expediente No. 5507, sentencia de 30 de enero de 2001, M.P. José Fernando Ramírez Gómez.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Expediente No. 9327, de 30 de enero de 2001, M.P. César Julio Valencia Copete.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Tercera, Expediente No. 13233, de 22 de junio de 2001, C.P. María Elena Giraldo Gómez.
- Corte Constitucional, Sentencia T- 823/2002, de 4 de octubre de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional, Sentencia T-881/2002, de 17 de octubre, M.P. Dr. Eduardo Montealegre Lynett.
- Corte Constitucional, Sentencia T- 758/2003, de 28 de agosto de 2003, M.P. Alvaro Tafur Galvis.
- Corte Constitucional, Sentencia C- 202/2005, de 8 de marzo de 2005, M.P. Jaime Araujo Rentería.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, expediente No. 5497, sentencia de 19 de diciembre de 2005, M.P. José Fernando Ramírez Gómez.
- Corte Constitucional, Sentencia C- 355/2006, de 10 de mayo de 2006, M.P. Jaime Araujo Rentería – Clara Inés Vargas Hernández.
- Corte Constitucional, Sentencia T-866/2006, de 19 de octubre de 2006, M.P. Jaime Araujo Rentería.
- Corte Constitucional, Sentencia T-1019/2006, de 1 de diciembre de 2006, M.P. Jaime Córdoba Triviño.
- Corte Constitucional, Sentencia T- 560A/2007, de 27 de julio de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera, expediente No. AG-385, sentencia de 15 de agosto de 2007, C.P. Antonio María Ordóñez Sandoval.
- Corte Constitucional, Sentencia T-988/2007, de 20 de noviembre de 2007, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

- Corte Constitucional, Sentencia T-209/2008, de 28 de febrero de 2008, M.P. Dr. Clara Inés Vargas Hernández.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Tercera, expediente No. 15725, de 26 de marzo de 2008, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Tercera, expediente No. 16.530, de 26 de marzo de 2008, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera, expediente No. 4798, sentencia de 23 de mayo de 2008, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.
- Corte Constitucional, Sentencia T-576/2008, de 5 de junio de 2008, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.
- Corte Constitucional, Sentencia T-946/2008, de 2 de octubre de 2008, M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño.
- Corte Constitucional, Sentencia T- 1271/2008, de 18 de diciembre de 2008, M.P. Mauricio González Cuervo.
- Corte Constitucional, Sentencia T-170/2009, de 18 de marzo de 2009, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera, expediente No. 16925, de 20 de mayo de 2009, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.
- Corte Constitucional, Sentencia T-388/2009, de 28 de mayo de 2009, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera, expediente No. 16925, de 20 de mayo de 2009, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera, expediente No. 18433, de 3 de febrero de 2010, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.
- Corte Constitucional, Sentencia T- 452/2010, de 15 de junio de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.
- Corte Constitucional, Sentencia T- 585/2010, de 22 de julio de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Expediente No. 33833, sentencia de 25 de agosto de 2010, M.P. Yesid Ramírez Bastidas.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Expediente No. 17042310300120050010301, de 9 de septiembre de 2010, M.P. William Namen Vargas.

- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera, expediente No. 19032, de 21 de febrero de 2011, C.P. Hernán Andrade Rincón.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera, expediente No. 19159, de 10 de marzo de 2011, C.P. Danilo Rojas Betancourth.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera, expediente No. 19032, de 24 de marzo de 2011, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.
- Corte Constitucional, Sentencia T-841/2011, de 03 de noviembre de 2011, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera, expediente No. 38.222, sentencia de 14 de septiembre de 2011, C.P. Enrique Gil Botero.
- Corte Constitucional, Sentencia T- 627/2012, de 10 de agosto de 2012, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.
- Corte Constitucional, Sentencia T- 940/2012, de 13 de noviembre de 2012, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

ESPAÑA

- STC, de 11 de abril de 1985, 53/1985.
- STC, Sala Segunda, de 13 de junio de 1986, 78/1986.
- SAP de Barcelona, de 30 de julio de 1990, *RJC* 4/1990.
- STS, Sala Primera, de 11 de marzo de 1991, 13345/1991.
- SAP de Badajoz, de 22 de abril de 1991, *La Ley* 3/1991, 485.
- STSJ de Cataluña, de 9 de noviembre de 1993, 4887/1993.
- STS, Sala Primera, de 25 de abril de 1994, 3073/1994.
- STC, de 14 de julio de 1994, 215/1994.
- STS, Sala Primera, de 31 de enero de 1996, 546/1996.
- STS, Sala Primera, de 11 de febrero de 1997, 940/1997.
- STS, Sala Primera, de 6 de junio de 1997, 4610/1997.
- STS, Sala Primera, de 27 de junio de 1997, 5758/1997.

- STSJ de Cantabria, de 11 de julio de 1997, 224/1997.
- STS, Sala Primera, de 2 de diciembre de 1997, 7296/97.
- STS, Sala Primera, de 5 de junio de 1998, 4275/1998.
- STS, Sala Primera, de 4 de febrero de 1999, 748/1999.
- STS, Sala Primera, de 24 de septiembre de 1999, 7272/1999.
- STS, Sala Primera, de 25 de septiembre de 1999, 5762/1999.
- SAP de Alicante, de 9 de julio de 1999, *El Derecho*, 30117/1999.
- SAP de Barcelona, de 7 de marzo de 2000, 902/2000.
- STS, Sala Primera, de 2 de noviembre de 2000, 9206/2000.
- STS, Sala Tercera, de 3 de octubre de 2000, 7033/2000.
- STS, Sala Primera, de 12 de enero de 2001, *RJ* 2001/3.
- STS, Sala Primera, de 27 de abril de 2001, 3429/2001.
- STS, Sala Primera, de 11 de mayo de 2001, 6197/2001.
- SAN, Sección Cuarta, Sala de lo Contencioso, de 6 de junio de 2001, 91/2000.
- SAP Baleares, de 6 de junio de 2001, 2143/2001.
- STS, Sala Primera, de 4 de febrero de 2002, 628/2002.
- STS, Sala Primera, de 7 de junio de 2002, 5216/2002.
- STS, Sala Primera, de 2 de julio de 2002, 4911/2002.
- STSJ, Comunidad Valenciana, Sección Primera, Sala de lo Contencioso - Administrativo, de 28 de mayo de 2003, 902/2000.
- STS, Sala Primera, de 29 de mayo de 2003, 3678/2003.
- STS, Sala Primera, de 22 de julio de 2003, 5280/2003.
- STS, Sala Primera, de 8 de septiembre de 2003, EDJ 2003/92643.
- STS, Sala Primera, de 18 de diciembre de 2003, 9302/2003.
- STSJ, Comunidad Valenciana, Sección Segunda, Sala de lo Contencioso - Administrativo, de 16 de marzo de 2004, 405/2004.

- STS, Sala Primera, de 26 de marzo de 2004, 2100/2004.
- STS, Sala Primera, de 7 de abril de 2004, 2401/2004.
- STS, Sala Tercera, de 9 de mayo de 2005, Rec. Cas. 3803/2001.
- STS, Sala Tercera, de 10 de mayo de 2005, 2943/2005.
- STS, Sala Primera, de 21 de octubre de 2005, 6400/2005.
- STS, Sala Tercera, de 4 de noviembre de 2005, 1544/2006.
- STS, Sala Primera, de 21 de diciembre de 2005, 10149/2005.
- STS, Sala Tercera, de 26 de enero/2006, 4346/2006.
- STS, Sala Tercera, de 29 de marzo de 2006, Rec. Cas. 271/2002.
- STS, Sala Primera, de 18 de mayo de 2006, 4724/2006.
- STS, Sala Tercera, de 30 de junio de 2006, 6580/2006.
- STS, Sala Tercera, de 14 de marzo de 2007, 1540/2007.
- STS, Sala Tercera, de 10 de mayo de 2007, 3403/2007.
- STS, Sala Primera, de 19 de junio de 2007, 5572/2007.
- STS, Sala Tercera, de 27 de junio de 2007, No. Rec. Cas. 4747/2003.
- STS, Sala Primera, de 6 de julio de 2007, 3658/2007.
- STS, Sala Tercera, de 2 de octubre de 2007, 6878/2007.
- STS, Sala Tercera, de 16 de octubre de 2007, 7620/2007.
- STS, Sala Primera, de 23 de noviembre de 2007, 24/2008.
- STS, Sala Tercera, de 5 de diciembre de 2007, 9142/2007.
- STS, Sala Primera, de 24 de octubre de 2008, 5793/2008.
- STS, Sala Tercera, de 4 de noviembre/2008, 5860/2008.
- STS, Sala Primera, de 17 de noviembre/2008, 6049/2008.
- STS, Sala Tercera, de 16 de junio de 2010, 3364/2010.
- STS, Sala Tercera, de 24 de mayo de 2011, 3073/2011.

- STS, Sala Primera, de 31 de mayo de 2011, 3556/2011.
- STS, de 16 de enero de 2012, 279/2012.
- STSJ de Castilla y León, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 8 de junio de 2012, 1091/2012.
- STS, Sala Tercera, de 9 de octubre de 2012, 6519.
- STS, Sala Primera, de 14 de marzo de 2013, 1136/2013.

ESTADOS UNIDOS

- Ball v. Mudge, 64 Wn.2d 247 (1964).
- Becker v. Schwartz, 46 N.Y. 2d 401 (1978).
- Berman v. Allan, 80 N.J. 421; 404 A.2d 8 (1979).
- Bowman v. Davis, 48 Ohio St.2d 41 (Ohio 1976).
- Boone v. Mullendore, 416 So. 2d 718 (1982).
- Burke v. Rivo, 406 Mass. 764 (1990).
- Masson v. Western Pennsylvania Hospital 428 A.2d 1366 (1981).
- Canesi v. Wilson, 730 A.2d 813 (N.J. 1999).
- Cowe by Cowe v. Forum Group, 575 N.E.2d 630 (Ind. 1991).
- Cox v. Stretton, 77 misc.2d 155 (1974).
- Coleman v. Garrison: 349 A.2d 8 (1975).
- Chaffee v. Seslar, 774 N.E.2d 512, 751 N.E.2d 773 (Ind. 2002).
- Christensen v. Thornby, 192 Minnesota 123, 255 NW 620 (1934).
- Curlender v. Bio-science Laboratories, 106 Cal. App. 3d 811 (1980).
- Custodio v. Bauer, 251 Cal. App. 2d 307 (1967).
- Garrison v. Foy, 486 N.E.2d 5 (1985).
- Geler v. Akawie, 818 A.2d 402, (N.J. Super. Ct. App. Div. 2003).

- Gleitman v. Cosgrove, 227 A.2d 689 (1967).
- Groom v Selby, EWCA Civ 1522 (2001).
- Hackworth v. Hart, 474 S.W.2d 377 (1971).
- Haymon v. Wilkerson, 535 A. 2d at 882 (1982).
- Hays V. Hall, 477 S.W.2d 402 (1972).
- Keel v. Banach, 624 So. 2d 1022, 1027 (Ala.1993).
- Milde v. Leigh, 74 N.D. 15 (N.D. 1946).
- Miller v. Johnson, 231 Va. 177, 343 S.E.2d 301 (1986).
- Nanke v. Napier, 346 N.W. 2d 520 (Iowa 1984).
- Pinkney v. Pinkney, 198 So.2d 52 (1967).
- Pitre v. Opelousas General Hospital, 530 So.2d 1151 (1988).
- Procanik v. Cillo 97 N.J. 339; 478 A.2d 755 (1984).
- Roe v. Wade: 410 US 113 (1973).
- Rieck v Medical Protector, 219 N.W.2d 242 (1974).
- Sard v. Hardy, 379 A.2d 1014 (Md. 1977).
- Siemieniec v. Lutheran Gen. Hosp. 512 N.E.2d 691 (1987).
- Shaheen v Knight, 11Pa. D. gc C. 2d 41 (1957).
- Sherlock v. Stillwater Clinic, 260 N.W.2d 169 (1977).
- Stewart v Long Island Col-lege Hospital, 27 N.Y.2d 804 (1970).
- Stills v. Gratton, 55 Cal. App. 3d 698 (1976).
- Teeters v. Currey, 518 S.W.2d 512 (1974).
- Terrel v. Garcia, 496 S.W.2d 124 (1973).
- Tomlinson v. Siehl, 459 S.W.2d 166 (1970).
- Thornhill v. Midwest Physician Center of Orland Park, 787 N.E.2d 247, 254 n.2 (Ill. App. Ct. 2003).
- Turpin v. Sortini, 31 Cal. 3d 221 (1982).

- Troppe v. Scarf, 31 Mich.App 240 187 NW2d 511, 514 (1971).
- Vaugh v. Shelton, 514 S.W. 2d 870 (1974).
- Williams v. State of New York, 8 N.Y. 2d 481(1966).
- Wilezynsky v. Goodman, 391 N.E.2d 479, 73 Ill. App. 3d 51 (1979).
- Ziemba v. Sternberg, 45 App.Div.2d 230 (1974).

FRANCIA

- Tribunal de Grande Instance de Montpellier de 15 de diciembre de 1989, *J.C.P.* 1990, II, 21556.
- Cour de Cassation de 9 de mayo de 1983, *Bull. Civ. I*, No. 140.
- Conseil d'Etat de 2 de julio de 1982, *D.* 1984, P. 425.
- Conseil d'Etat de 23 de septiembre 1988, *Gas. Pal.* 1990, 2, p.421.
- Cour de Cassation de 7 de febrero de 1990, *Bull. civ. I*, No. 39.
- Cour de Cassation de 25 de junio de 1991, *D.*1991, p.566.
- Cour de Cassation de 26 de marzo de 1996, *Dalloz*, 1997, 35.
- Cour de Cassation de 26 de marzo de 1996, *Bull. Civ. I*, No. 156-157.
- Conseil d'État de 14 de febrero de 1997, *Jurisclasseur périodique* 1997 II, 22828.
- Cour de Cassation de 17 de noviembre de 2000, *JCP*, 2000, II, 10438.
- Cour de Cassation de 13 de julio de 2001 (tres sentencias), *D.* 2001, P. 2325; *JCP* 2001, II, 10601.
- Cour de Cassation de 28 de noviembre de 2001, *JCP*, 2001, p. 2237.
- Cour de Cassation de 28 de noviembre de 2001, *D.* 2001, p. 3587.
- Cour de Cassation de 24 de enero de 2006, *JCP*, 2006, II, 10062.
- Cour de Cassation de 8 de julio de 2008, Arrêt No. 796. Disponible en página web, http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/.

HOLANDA

- Tribunal Supremo de los Países Bajos (Hoge Raad), sentencia de 18 de marzo de 2005, *nederlandse jurisprudentie* 2006, 606.

ITALIA

- Corte d'Apello di Venezia de 23 de julio 1990: *Rivista Italiana di Medicina Legale*, 1991, p. 1320.
- Corte d'Apello di Bologna de 19 de diciembre de 1991: *Archivio della Responsabilità Civile*, 1992, p.295.
- Tribunale di Cagliari de 23 de febrero de 1995: *Nuova Giurisprudenza Civile Comentata*, 1995, I, 1107.

REINO UNIDO

- AD v East Kent Community NHS Trust (2003) 3 *All ER* 1167.
- Allen v Bloomsbury Health Authority (1993) 1 *ALL ER* 651.
- Benarr v. Kettering Health Authority (1988) 138 *NLJ* 179.
- Emeh v Kensington & Chelsea and Westminster A H A (1985) QB 1012.
- Groom v. Selby (2001) *EWCA Civ* 1522.
- McFarlane v. Tayside Health Board (1999) 4 *ALL ER* 961.
- McKay v. Essex AHA (1982), QB 1166; (1982) 2 *ALL ER* 771 (CA).
- Rees v. Darlington Memorial Hospital NHS Trust (2003) 3 *FCR* 289.
- Sciuriaga v. Powell (1979) 129 S J. 406.
- Udale v Bloomsbury Area Health Authority, (1983) 2 *All ER* 422.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS –TEDH

- Caso de Costa y Pavan v. Italia, sentencia No. 54270/2010 de 28 de agosto de 2012, *ECtHR*, 28 August 2012, App. 54270/2010.
- Caso Draon c/ Francia du 6 octobre 2005, Affaire. n° 1513/03.
- Caso Maurice c/ Francia du 6 octobre 2005, Affaire. n° 11810/03.

BIBLIOGRAFÍA

ABELLÁN-GARCIA SÁNCHEZ, Fernando, “El estatuto jurídico del embrión en España: de la ley de reproducción de 1988 a la clonación terapéutica de nuestros días”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, No. 28, 2008.

ABELLAN-GARCIA SANCHEZ, Fernando, “*Aspectos bioéticos y legales del Diagnóstico Genético Preimplantatorio (DGP). Bioethical and Legal Aspects of Preimplantation Genetics Diagnosis*”, *Revista de la Escuela de Medicina legal – Universidad Complutense de Madrid*. Madrid, 2006.

ÁLAMO ALONSO, Mercedes, “El consentimiento informado del paciente en el tratamiento médico. Bases jurídicas e implicaciones penales”, *Autonomía personal y decisiones médicas. Cuestiones éticas y jurídicas*. Civitas, Navarra, 2010.

ALVAREZ GOMEZ, Marco, “Avances Jurisprudenciales en las nuevas tipologías familiares en Colombia. Perspectiva judicial en torno a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida”, en línea, *Universidad de Antioquia*, Medellín.

ARÉVALO REYES, Héctor, *Responsabilidad del Estado y de sus funcionarios. Llamamiento en garantía, acción de repetición, liquidación de perjuicios, conciliación (requisito de procedibilidad)*, Doctrina y Ley LTDA, 4ª edición, Bogotá, 2011.

ATAZ LOPEZ, Joaquín, *Los médicos y la responsabilidad civil*, Montecorvo, Madrid, 1985.

ATIENZA NAVARRO, María, “Las enfermedades con que nacen los hijos y la posible responsabilidad civil de los padres en el ámbito de la procreación natural”, *Revista española de drogodependencia*, con la coordinación de Josefina Alventosa del Río, sección jurídica 33 (01) 2008.

BAÑEGIL ESPINOSA, Adolfo y SALVADOR CRESPO, Juan, “Los daños morales y su valoración en la responsabilidad médica”, *Revista La Ley- Actualidad civil*, No. 1, 1997.

BARROS BOURIE, Enrique, “Tratado de Responsabilidad Extracontractual”, Editorial jurídica de Chile, Santiago, 2006.

BECKERMAN-RODAU, Andrew, “Tort Law-Wrongful Birth-Expanding Damages In Wrongful Birth Tort Actions - Berman v. Allan, 80 N.J. 421, 404 A.2d 8 (1979)”, *Western New England Law Review*, Vol. 22, issue 4, art. 8, 1980.

BELLO JANEIRO, Domingo, *La responsabilidad médica en el Derecho español*, Temis S.A, Pontificia Universidad Javeriana, Colección internacional No. 30, Bogotá, 2011.

BÉNABENT, Alain, *La chance et le droit*, LGDJ, Paris, 1973.

BENILLOUCHE, Mikaël “L’indemnisation du préjudice personnel de l’enfant handicapé”, *Petites affiches*, núm. 77, 2002.

BERROCAL LANZAROT, Ana, “De nuevo sobre la reproducción humana asistida en España. Análisis jurídico-sanitario de la ley 14/2006, de 26 de mayo (1era parte). More on assisted human analysis of law 14/2006, may 26”, *Revista de la Escuela de medicina legal – Universidad Complutense de Madrid*, Madrid, 2009.

BERROCAL LANZAROT, Ana, “De nuevo sobre la reproducción humana asistida en España. Análisis jurídico-sanitario de la Ley 14/2006, de 26 de mayo (2da parte). More on assisted human analysis of law 14/2006, may 26”, *Revista de la Escuela de medicina legal – Universidad Complutense de Madrid*, Madrid, 2009.

BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo, “Comentario a la STS de 7 de junio de 2002”, *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, No. 59, abril-septiembre, 2002.

BERMÚDEZ MUÑOZ, Martín, *Responsabilidad de los jueces y del Estado. La reparación de los daños antijurídicos causados por el funcionamiento de la administración de justicia y por el error judicial*, Ediciones Librería del Profesional, 1ª edición, Bogotá, 1998.

BERNAD MAINAR, Rafael, *Efectos jurídicos de las nuevas técnicas de reproducción humana*, Publicaciones UCAB, primera edición. Caracas, 2000.

BONILLA SANCHEZ, Juan, *La Responsabilidad médica extracontractual*, Ediciones Laborum, Murcia, 2004.

BORE, Jacques, “L’indemnisation pour les chances perdues: une forme d’apprétiation quantitative de la causalité d’un faite dommageable”, *JCP*, 1974.

BOTERO ARISTIZÁBAL, Luis, “*Responsabilidad patrimonial del legislador*”, Legis, 1ª edición, Bogotá, 2007.

BONNINGUES, Virginie, “Naissance et vie préjudiciables de l’enfant au regard de la responsabilité médicale et parentale”, en línea, Universidad de Lille II, 2001.

BOUTCHE Kathy, “Genetic counseling and medical malpractice: recognizing a cause of action for wrongful life”, *Thurgood Marshall Law Review*, Vol. 8, 1983.

BURNS, Thomas, “When Life Is An Injury: An Economic Approach to Wrongful Life Lawsuits”, *Duke Law*, Vol. No. 52.

BUSTAMANTE LEDESMA, Álvaro, *La Responsabilidad Extracontractual del Estado*, Leyer LTDA, 1ª edición, Bogotá, 1998.

BUSTOS PUECHE, José, “Un caso de voluntarismo judicial: la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1997”, *La ley*, D-250, 1997-5.

BRAVERMAN, Philip, “Wrongful Conception: Who pays for bringing up baby?”, *Fordham Law Review*, Vol. 47, issue 3, article 6, 1978.

BRENNWALD, Stephen, “Proving causation in “loss of a chance” cases: a proportional approach”, *Catholic Univ. L. Rev.*, núm. 34, 1985.

BRUNO, Antonio; LÓPEZ BOLADO, Jorge; POGGI, Víctor; YUNGANO, Arturo, *Responsabilidad profesional de los médicos. Cuestiones civiles, penales, médico-legales y deontológicas*, Universidad, 2ª edición, Buenos aires, 1992.

CANO CAMPOS, Tomás, “La transmisión *mortis causa* del derecho a ser indemnizado por los daños no patrimoniales causados por la Administración”, *Revista de Administración Pública*, No. 191, Madrid, 2013.

CAREY, Kristen, “Wrongful life and wrongful birth: legal Aspects of failed genetic testing in oocyte donation”, *Penn bioethics journal*, 1 (1), 2005.

CARRASCO PERERA, Ángel, “Comentarios al artículo 1105 CC”, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, T.XV, Vol. 1, Edersa, Madrid, 1989.

CARRASCO PERERA, Ángel, “La reparación integral del daño y su prueba”, *Derecho de daños*, Sepin, 1ª edición, Madrid, 2011.

CARRERA, José, *Diagnóstico prenatal*, Salvat, Barcelona, 1987.

CARRILLO FABELA, Reyna, “El perito y la prueba pericial en asuntos de responsabilidad médica”, *Tratado de Responsabilidad médica. Responsabilidad civil, penal y hospitalaria*, Legis-Ubijus, 1ª edición, Bogotá, 2007.

CASTAÑO DE RESTREPO, María, *El consentimiento informado del paciente en la responsabilidad médica. Implicaciones de esta teoría en la responsabilidad civil médica con específicas referencias a la responsabilidad penal y disciplinaria de algunos profesionales de la salud*, Temis S.A, Bogotá, 1997.

CASTAÑO DE RESTREPO, María, *Responsabilidad Civil y Patrimonial del Estado derivada de la Administración y prestación de servicios de la salud*, Temis. S.A, Bogotá, 2003.

CASTRO GABALDO, Martin, “La responsabilidad de los padres por los daños producidos a sus hijos”, *Revista Derecho y cambio social*, No. 25, Lima, 2005.

CEBRÍA GARCÍA, María, *Objeciones de conciencia a intervenciones médicas. Doctrina y jurisprudencia*, Aranzadi, 1ª edición, 2005.

CESANO, José, “Los delitos de homicidio y lesiones imprudentes por mala praxis médica”, *Tratado de Responsabilidad médica. Responsabilidad civil, penal y hospitalaria*, Legis-Ubijus, 1ª edición, Bogotá, 2007.

COOKE, John; OUGHTON, David, *The Common Law of Obligations*, Butterwoths, 2ª Edición, Londres, 1993.

COLLINS, Elizabeth, "An overview and analysis: prenatal torts, preconception torts, wrongful life, wrongful death, and wrongful birth: time for a new framework", *Journal of family law*, 1983-1984, 22 (4).

CONCEPCIÓN RODRIGUEZ, José, *Derecho de daños*, Bosch, Barcelona, 2009.

COSCULLUELA MONTANER, Luis, "Consideraciones sobre el enriquecimiento injusto en el Derecho Administrativo", *Revista de administración Pública*, No. 84, 1977.

CHABAS, François, "*La perdita di 'chance' nel diritto francese della responsabilità civile*", *Resp. civ. previd*, 1996.

DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo, "Problemas actuales de derecho médico comparado. El consentimiento de los cónyuges en el acto médico", *Libro homenaje al profesor Luis Martin Ballester*, Zaragoza, 1983.

DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo, "Aplicación de un sistema de protocolos en la práctica de pruebas preoperatorios", *Revista Derecho y Salud*, Vol. 3, No. 3, enero-diciembre 1995.

DE ANGEL YAGÜEZ, Ricardo, "Diagnósticos genéticos y prenatales y responsabilidad (Parte I)", *Revista de Derecho y Genoma Humano*, No. 4, 1996.

DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo, "Diagnósticos genéticos y prenatales y responsabilidad (Parte II)", *Revista de Derecho y Genoma Humano*, No. 5, 1996.

DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo, *Responsabilidad civil por actos médicos. Problemas de prueba*, Civitas, 1999.

DE ÁNGEL YAGUEZ, Ricardo, "El resultado en la obligación del médico. ¿Ideas sensatas que pueden volverse locas?", *Estudios de Derecho de Obligaciones*, La Ley, Madrid, 2006.

DE CUEVILLAS MATOZZI, Ignacio, *la relación de causalidad en la órbita del derecho de daños*, Tirant lo Blanch, 1ª Edición, Valencia, 2000.

DE LORA DEL TORO, Pablo, "Autonomía personal, intervención médica y sujetos incapaces", *Enrahonar: Quaderns de filosofia*. No. 40-41, 2008.

DE WITT ROGERS, Thomas, "Wrongful life and wrongful birth: medical malpractice in genetic counseling and prenatal testing", *South Carolina Law Review*, Vol. 33, 1982.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Gema, "La imposibilidad de abortar: un supuesto más de responsabilidad civil", *La Ley*, 1998.

DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEON, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, Civitas, Vol. II, 5ª edición, Madrid, 1996.

DOBBS, Dan, *The law of torts*, West Group, St. Paul, Minnesota, 2000.

EMALDI CIRION, Aitziber, *El consejo genético y sus implicaciones jurídicas*, cátedra interuniversitaria, Fundación BBVA-Diputación Floral de Biskaia, de Derecho y Genoma Humano, Bilbao-Granada, 2001.

ESCOBAR LOPEZ, Edgar, *Clonación y manipulación genética: aspectos jurídicos, legales y éticos*, Leyer, Bogotá, 2002.

FABRE-MAGNAN, Muriel, “Error de diagnóstico y minusvalía psíquica del hijo: ¿cómo respetar el principio de la dignidad de la persona?”, dirigido por A. Marzal., *Minusválidos psíquicos y derechos del hombre*, Bosch, Barcelona, 2003.

FEUILLET, Brigitte, “The Perruche Case and French Medical Liability”, *Drexel Law Review*, Vol. 4, 139, 2011.

FELDMANN, Howard Ross, “Chances as protected interests: recovery for the loss of a chance and increased risk”, *Univ. Baltimore, L. Rev.* No. 17, 1987.

FERNÁNDEZ COSTALES, Javier, *La responsabilidad civil sanitaria (Médica y de enfermería)*, Actualidad civil-La Ley, Madrid, 1995.

FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús, “Responsabilidad civil de los profesionales sanitarios. La Lex artis. Criterios jurisprudenciales”, *Revista jurídica de Castilla y León*, No.3, Valladolid, 2004.

FERNÁNDEZ HIERRO, José, *Sistema de responsabilidad médica*, Comares, 5ª edición, Granada, 2007.

FLETCHER, Joseph, “knowledge, risk and the right to reproduce. a limiting principle”, *Genetics and the law II*, Plenum press, New York, 1980.

GALÁN CORTES, Julio, “Responsabilidad en las distintas fases de la actuación médico-terapéutica, y según especialidades”, *La responsabilidad civil y penal del médico*, Ilustre Colegio Oficial de Médicos de Madrid, Madrid, 1999.

GALÁN CORTÉS, Julio, *Responsabilidad civil médica*, Aranzadi, S.A, 3ª edición, Pamplona, 2011.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “Sobre algunos mitos del Derecho de daños. Causas que no causan e imputaciones objetivas bastantes subjetivas”, *Derecho de daños*, Aranzadi, 1ª edición, Navarra, 2013.

GARCÍA BLAZQUEZ, Manuel y MOLINO COBO, Juan, “Manual práctico de responsabilidad y defensa de la profesión médica. Aspectos jurídicos y médico-forenses”, Comares, Granada, 1995.

GARCÍA BLAZQUEZ, Manuel y MOLINO COBO, Juan, *Manual práctico de responsabilidad y defensa de la profesión médica. Aspectos jurídicos y médico-forenses*, Comares, Granada, 1995.

GARCÍA RUBIO, María, “Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo 1998”, *CCJC*, 1998.

GARRIGA GORINA, Margarita, “Negligencia en el diagnóstico prenatal”, *Revista para el análisis del Derecho – Indret*, Universitat Pompeu Fabra, 3/2003, Barcelona, 2003.

GASCÓN ABELLÁN, Marina, “Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos”, *Revista DOXA*, No. 28, 2005.

GASCÓN ABELLÁN, Marina, “La oportunidad perdida, responsabilidad, causalidad, probabilidad. A propósito de algunas tesis de Luis Medina Alcoz”, *Teoría & Derecho Revista del Pensamiento Jurídico*, No. 6, diciembre, 2009.

GASCÓN ABELLÁN, Marina, “Prueba de la causalidad en pleitos de daños y pérdida de oportunidad”, *Derecho de daños*, Sepin, 1ª edición, Madrid, 2011.

GIESEN, Ivo, “Of wrongful birth, wrongful life, comparative law and the politics of tort law systems”, *Tydskrif vir Heedendaagse Romeins-Hollandse Reg (THRHR)*, Vol. 72, Utrecht, 2009.

GIESEN, Ivo, “The Use and Influence of Comparative Law in Wrongful life cases”, *Utrecht Law Review*, Vol. 8, (2), Mayo, 2012.

GIL BOTERO, Enrique “*Responsabilidad Extracontractual del Estado*”, Ed. Temis S.A, sexta edición, Bogotá, 2013.

GIMENEZ CANDELA, Teresa “Lex artis y responsabilidad médico-sanitaria: una perspectiva actualizada”, *Revista Aranzadi de Derecho patrimonial*, No. 17, 2006.

GÓMEZ CÓRDOBA, Ana, “Consentimiento informado para el tratamiento de la información genética en el derecho colombiano”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, Vol. 35, 2011.

GÓMEZ POMAR, Fernando, “El derecho de accidentes y la responsabilidad civil: un análisis económico y jurídico”, *Anuario de Derecho civil*, Tomo XLIII, Fascículo II, abril-junio, Madrid, 1990.

GÓMEZ POMAR, Fernando, “Carga de la prueba y responsabilidad objetiva”, *Revista para el análisis del Derecho – Indret*, Universitat Pompeu Fabra, 1/2001.

GONZALES DE CANSINO, Emilssen, “Eugenesia y derecho: ¿hacia una eugenesia liberal?”, en línea, *Revista oficial de la Academia Colombiana de la Jurisprudencia*, 2005.

GONZALES DE CANSINO, Emilssen, “Estudios sobre Genética y Derecho”, *Estudio de Antecedentes de Técnicas de Procreación Humana Asistida*. Comisión Séptima de la Cámara de Representantes del Congreso de la Republica del Estado Colombiano; actividad a cargo de Angélica Marín Valenzuela. 13 de mayo de 2004.

GONZÁLES PEREZ, Jesús, *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones públicas*, Thomson Civitas, 4ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2006.

GUERRERO ZAPLANA, José, *El consentimiento informado. Su valoración en la jurisprudencia. Ley básica 41/2002 y leyes autonómicas*, Lex Nova S.A, Valladolid, 2004.

GRUBB, Andrew, “Problems of medical law”, *Tort law*, 4ª edición, Clarendon Press, Oxford, 1999.

HENAO PEREZ, Juan, *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Derecho colombiano y francés*, Universidad Externado de Colombia, 1ª edición, 1998.

HENSEL, Wendy Fritzen, “The Disabling Impact of Wrongful Birth and Wrongful Life Actions”, *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, Vol. 40, 2005.

HINESTROSA FORERO, Fernando, *Tratado de las obligaciones: concepto, estructura y vicisitudes*, Universidad Externado de Colombia, Vol. I, Bogotá, 2002.

JACKSON, Anthony, “Wrongful life and wrongful birth. The English conception”, *The Journal of Legal Medicine*, 1996 (17).

JIMENEZ GONZALES, Joaquín, “Diagnóstico genético preimplantacional: Conflicto bioético y derecho comparado nacional e internacional”, *Revista de Responsabilidad Médica – Asociación Española de Defensa Médica- Aedeme*, Ourense, 2013.

JORDANO FRAGA, Francisco, “Obligaciones de medios y de resultados (A propósito de alguna jurisprudencia reciente)”, *ADC*, 1991.

JORDANO FRAGA, Jesús, “La reforma del artículo 141, apartado 1, de la ley 30/1992, de 26 de noviembre, o el inicio de la demolición del Sistema de Responsabilidad Objetiva de las Administraciones Públicas”, *Revista de Administración Pública*, No. 149, mayo-agosto, 1999.

KANCLER, Magdalena, “To Be or Not to Be Born? Civil Liability for Damage Resulting from Birth in a Comparative Context: Recent Polish and Irish Case law Concerning Wrongful Birth and Wrongful Conception”, *Electronic Journal of Comparative Law*, Vol. 13 (3), septiembre, 2009.

LARENZ, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel S.A, 2ª edición, Barcelona, 2001.

LE TOURNEAU, Philippe, “La responsabilidad médica en el derecho francés actual”, *Tratado de Responsabilidad médica. Responsabilidad civil, penal y hospitalaria*, Legis-Ubijus, 1ª edición, Bogotá, 2007.

LÓPEZ DE ARGUMEDO GONZÁLEZ DE DURANA, Marta; AGUIRRE ESCOBAL, Ana; ALKORTA IDIAQUEZ, Itziar; CANTERO GONZÁLEZ, David; GUTIERREZ IGLESIAS, María; TEJADA MÍNGUEZ, María, “Diagnóstico Preimplantacional de

portadores de cromosoma X Frágil y otros trastornos hereditarios en Técnicas de Fecundación Artificial”, *Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco*, Departamento de Sanidad (Vitoria-Gasteiz), 2004.

LÓPEZ MESA, Marcelo, “Teoría General de la Responsabilidad civil médica en el Derecho argentino y comparado”, *Tratado de Responsabilidad médica. Responsabilidad civil, penal y hospitalaria*. Legis-Ubijus, 1ª edición, Bogotá, 2007.

LÓPEZ MESA, Marcelo, *Elementos de la Responsabilidad Civil*, Pontificia Universidad Javeriana - Biblioteca jurídica Diké, Bogotá-Medellín, 2009.

LORENZETTI, Ricardo, *Responsabilidad civil de los médicos*, Rubinzal-Culzoni, Tomo I, Buenos aires, 1997.

LUNA YERGA, Álvaro, *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad*, Civitas, Madrid, 2004.

LLAMAS POMBO, Eugenio, *La responsabilidad civil del médico, aspectos tradicionales y modernos*, Trivium S.A, Madrid, 1988.

LLAMAS POMBO, Eugenio, “Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 1994”, *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, No. 36, 1994.

MACÍA MORILLO, Andrea, *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales. Las llamadas acciones de Wrongful birth y Wrongful life*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

MACÍA MORILLO, Andrea, “El tratamiento de las acciones de wrongful birth y wrongful life a la luz de la nueva ley sobre interrupción voluntaria del embarazo”, *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, No. 23, 2011.

MAKDISI, John, “Proportional Liability: A comprehensive rule to apportion tort damages based on probability”, *North Carolina Law Review*, No. 67, 1989.

MALANDA ROMEO, Sergio, “El valor jurídico del consentimiento prestado por los menores de edad en el ámbito sanitario II”, *La Ley*, núm. 5186, 2000.

MANGAN, Margaret, “The loss of chance doctrine: a small price to pay for human life” *South Dakota L. Rev.* No. 42, 1997.

MARKESINIS, Basil Spyridonos, “The German Law of Torts. A Comparative Introduction”, *Clarendon Press Oxford*, 2ª edición, New York, 1990.

MARQUÉS MARQUÉS, Francisco, “Protocolos Médicos y Enfoque de Riesgo. España-2002” en línea, *Revista Zurich*, No. 2, julio, 2002.

MARTIN-CASALS, Miquel y SOLÉ FELIU, Josep, “Anticoncepciones fallidas e hijos no previstos”, *Revista para el análisis del Derecho – Indret*, Universitat Pompeu Fabra, No. 03, julio, Girona, 2001.

MARTIN-CASALS, Miquel y SOLÉ FELIU, Josep, “Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 2002”, *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Vol. 60, octubre-diciembre, 2002.

MARTIN-CASALS, Miquel y SOLÉ FELIU, Josep, “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2006”, *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, No. 73, enero – abril, 2007.

MARTÍN GRANIZO, Mariano, *La incapacitación y figuras afines*, Editorial Colex, Madrid, 1987.

MARTINEZ-CALCERRADA GOMEZ, Luis, *Responsabilidad Civil*, Colex, 3ª edición, Madrid, 2004.

MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ, José, *La cirugía estética y su responsabilidad*, Comares, Granada, 1997.

MARTINEZ RAVE, Gilberto, *Responsabilidad civil extracontractual*, Temis S.A, 10ª edición, Bogotá, 1998.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, León; TUNC, André, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, Ediciones Jurídicas Europa-América, traducción de Luis Alcalá-Zamora de la 5ª Edición, Tomo I, Vol. 1, Buenos aires, 1963.

MEDINA, Graciela, *Daños en el Derecho de familia*, Rubinzal-Culzoni Editores S.A, Buenos aires - Argentina, 2008.

MEDINA ALCOZ, María, *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2003.

MEDINA ALCOZ, Luis, *Teoría de la Pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños publico y privado*, Aranzadi S.A, Pamplona, 2007.

MEDINA ALCOZ, Luis, “La responsabilidad proporcional como respuesta a la incertidumbre causal: ¿Problema de daño, de causa o de prueba?. A propósito de las observaciones de Marina Gascón Abellán”, *Teoría & Derecho Revista del Pensamiento Jurídico*, No. 6, diciembre, 2009.

MEDINA ALCOZ, Luis, “Mitos y ficciones en la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. A propósito de la STS, Sala 3ª , de 27 de septiembre de 2011”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, No. 153, enero-marzo, 2012.

MEDINA ALCOZ, Luis, “La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Régimen General y Especialidades”, *Universidad de Castilla-la Mancha*, Master en Derecho Sanitario y Bioética, 9ª edición, 2013.

MIR PUIGPELAT, Oriol, *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Organización, imputación y causalidad*. Civitas, 1ª edición, Madrid, 2000.

MORENO ALBIÑANA, Miguel, “La responsabilidad médica en los tratamiento de reproducción asistida en los que no se apliquen técnicas de diagnóstico preimplantacional (DPI), estando clínicamente autorizado y legalmente autorizado”, *Revista de Responsabilidad Médica – Asociación Española de Defensa Médica - Aedeme*, Ourense, 2013.

MONTERROSO CASADO, Esther, “Diligencia médica y responsabilidad civil”, *Asociación española de abogados especializados en responsabilidad civil y seguros*, No. 43, tercer trimestre, 2012.

MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Estudios sobre Responsabilidad por Daños*, Rubinzal-Culzoni, Tomo II, Santa Fe (Argentina), 1989.

MUÑOZ MACHADO, Santiago, “Responsabilidad de los Médicos y responsabilidad de la Administración sanitaria (con algunas reflexiones sobre las funciones actuales de la responsabilidad civil)”, *Revista Documentación Administrativa*, No. 237-238, enero-junio, 1994.

MURAT, Pierre, “Wrongful life a la française”, *Jurisclasseur périodique*, Droit de famille, 1996.

M’CAUSLAND SANCHEZ, María, *Tipología y reparación del daño no patrimonial. Situación en Iberoamérica y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Universidad Externado de Colombia, 1ª edición, Bogotá, 2008.

NAVIA ARROYO, Felipe, “Daño moral, daño fisiológico y daño a la vida de relación en Colombia”, *Revista de Derecho Privado 12-13*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.

NICOLÁS JIMÉNEZ, Pilar, “Consentimiento informado del paciente: algunos casos específicos”, *Estudios Jurídicos en memoria de José María Lidón*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2002.

NOVELLINO, Norberto, *Derecho de daños*, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 2000.

PACE, David, “The treatment of Injury in wrongful life claims”, *Colum. J.L. & Soc. Probs*, No. 20, 1986.

PACHECO JIMENEZ, María, “Acciones Wrongful birth y Wrongful life: Una controvertida vía de responsabilidad civil médica”, en línea, 2011, disponible en página web: <https://www.uclm.es/CU/csociales/pdf/documentosTrabajo/2011/2-2011.pdf>.

PANTALEON PRIETO, Fernando, “Procreación artificial y responsabilidad civil”, *La filiación a finales del siglo XX, problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana (II Congreso mundial vasco)*, Trivium, Madrid 1988.

PANTALEON PRIETO, Fernando, “Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación”, *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, T. II. Centro de estudios Ramón-Areces, Madrid, 1990.

PANTALEON PRIETO, Fernando, “Artículo 1902”, *Comentarios del Código Civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, Secretaria General Técnica, Madrid, 1993.

PARRA GUZMÁN, Mario, *Carga de la prueba en la Responsabilidad médica*, Doctrina y Ley LTDA, Bogotá, 2004.

POVEDA GONZALEZ, Pedro; MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ, José; PAZ RUBIO, José, *Tratado de Derecho civil*, Bosch, Tomo III, 1ª edición, 2003, Barcelona.

PEIRANO FACIO, Jorge, *Responsabilidad Extracontractual*, Temis S.A, 2ª edición, Bogotá, 2004.

PELAYO GONZALEZ –TORRE, Ángel, *La intervención jurídica de la actividad médica y el consentimiento informado*, Dykinson, Madrid, 1997.

PÉREZ DE LEAL, Rosana, *Responsabilidad civil del médico. Tendencias clásicas y modernas*, Universidad, Buenos aires, 1995.

PLAZA PENADÉS, Javier, “El nuevo marco de la responsabilidad médica y hospitalaria”, *Revista de Derecho patrimonial*, Monografía No. 7, Aranzadi, Navarra, 2002.

PÉREZ SALAS, Diego, *La responsabilidad civil por riesgo entre particulares*, Doctrina y Ley LTDA. Bogotá, 2007.

PÉREZ SINITABÉ, Luis, *Elementos de la Responsabilidad Extracontractual del Estado*, Leyer, Bogotá, 2002.

PRÉVOT, Juan Manuel, *La obligación de seguridad*, Temis S.A, 2ª edición, Bogotá, 2012.

PRIAULX, Nicolette, “Conceptualising Harm in the case of the unwanted child”, *European J of Health Law*, (9), 2002.

REGLERO CAMPOS, Luis, “El nexo causal. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor. La concurrencia de culpas”, *Tratado de Responsabilidad Civil*, Aranzadi S.A, 3ª Edición, Elcano, 2007.

ROCA FERNÁNDEZ, María, “¿Resarcimiento de daños por el hijo nacido tras una esterilización?” *La Ley*, D-271, 1998-5.

ROCA TRIAS, María, “La responsabilidad civil en el Derecho de familia. Venturas y desventuras de cónyuges, padres e hijos en el mundo de la responsabilidad civil”, *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Coordinado por MORENO MARTINEZ Juan, Dykinson, Madrid, 2000.

ROGERS, William Vaughan Horton, *Winfield & Jolowicz on Tort*, Sweet & Maxwell, London, 2006.

ROMEO CASABONA, Carlos, “Aspectos jurídicos del consejo genético”, *Revista de Derecho y Genoma Humano (I)*, 1994.

ROMEO CASABONA, Carlos, *Los llamados delitos relativos a la manipulación genética*, Genética y derecho, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001.

ROMERO COLOMA, Aurelia, *La medicina ante los derechos del paciente*, Montecorvo, Madrid, 2002.

ROMERO COLOMA, Aurelia, “Las acciones de wrongful birth y wrongful life en el ordenamiento jurídico español (especial referencia a la responsabilidad civil médica)”, *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, Vol. 86, No. 722, 2010.

ROVIRA VIÑAS, Antonio, *Autonomía personal y tratamiento médico (Una aproximación constitucional al consentimiento informado)*, Thomson-Civitas, Pamplona, 2007.

RUIZ LARREA, Nekane, “El daño de procreación: ¿Un caso de responsabilidad civil de los progenitores por las enfermedades y malformaciones transmitidas a sus hijos?”, *La Ley*, No. 4491.

RUDA GONZÁLEZ, Albert, “Entre todo y nada. Una visión crítica de la responsabilidad por cuota de mercado”, *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguros*, No. 5, 2003.

SAAVEDRA BECERRA, Ramiro, *La responsabilidad extracontractual de la Administración pública*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez LTDA, 1ª edición, Bogotá, 2005.

SÁNCHEZ CARO, Javier, “Consentimiento informado y salud”, *Cuadernos de Derecho judicial. Consejo General del Poder Judicial. Salud pública y Derecho administrativo*, No. 5, Madrid, 2004.

SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia, *Contrato de servicios médicos y contrato de servicios hospitalarios*, Tecnos, Madrid, 1998.

SANTANA PAEZ, Emelina y SENENT MARTINEZ, Santiago, “Comentarios al art. 157 C.p.”, *Comentarios al Código penal*, dirigido por COBO DEL ROSAL, Edersa, Madrid, 1999.

SÁNCHEZ SÁEZ, Antonio, “La Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas por incendios forestales”, *Revista de Administración Pública*, No. 179, mayo - agosto, Madrid, 2009.

SANTOS BALLESTEROS, Jorge, “La responsabilidad civil médica en el Derecho colombiano”, *Tratado de Responsabilidad médica, Responsabilidad civil, penal y hospitalaria*, Legis-Ubijus, 1ª edición, Bogotá, 2007.

SANTOS BRIZ, Jaime, “La responsabilidad civil de los médicos en el derecho español”, *Revista de Derecho Privado*, enero-diciembre 1984.

SANTOS BRIZ, Jaime, *La responsabilidad civil*, Montecorvo S.A., Madrid, 2001.

SALAS DARROCHA, Josep, “Las acciones de “wrongful birth” y “wrongful life” ante la jurisdicción contencioso-administrativa”, *Actualidad administrativa*, No. 22, 2005.

SARMIENTO GARCÍA, Manuel, *Estudios de responsabilidad civil*, Universidad Externado de Colombia, 2ª edición, Bogotá, 2009.

SAVULESCU, Julián, “Autonomía, vida buena y elecciones controvertidas”, *Autonomía personal y decisiones médicas. Cuestiones éticas y jurídicas*, Civitas, Navarra, 2010.

SERRANO ESCOBAR, Luis, *Nuevos conceptos de responsabilidad médica*, Doctrina y Ley LTDA, Bogotá, 2000.

SEUBA TORREBLANCA, Joan, “Comentarios a la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2001”, *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, No. 56, 2001.

SOLER PRESAS, Ana, *La Valoración del Daño en el Contrato de Compraventa*, Aranzadi, Navarra, 1998.

SOLÓRZANO GARAVITO, Carlos, *Derecho Penal y Responsabilidad Médica en Colombia*, Nueva Jurídica, 1ª edición, Bogotá, 2011.

SHEPHERD, Lois, “Dignity and Autonomy after Washington V. Glucksberg: an Essay About Abortion, Death and Crime”, *Cornell Journal of Law and Public Policy*, 7, 1998.

SUNMER, TWISS, J.r, “Parental responsibility for genetic health”, *The Hastings Center Report*, No. 1, 1974.

OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo, *Régimen General de las Obligaciones*, Temis S.A, 8ª edición, Bogotá, 2008.

TAUB, Sheila, “Wrongful life – its problems are not just semantic: a reply to furrow”, *The Journal of Law, Medicine & Ethics*, Vol. 10, Issue 6, diciembre, 1982.

TAMAYO LOMBANA, Alberto, *La responsabilidad civil extracontractual y la contractual*, Doctrina y Ley LTDA, 3ª edición, Bogotá, 2009.

TAMAYO JARAMILLO, Javier, *Tratado de Responsabilidad civil*, Legis, Tomo I, 2ª edición, Bogotá, 2007.

TAMAYO JARAMILLO, Javier, *Tratado de responsabilidad civil*, Legis, Tomo II, 2ª edición, Bogotá, 2007.

VALENCIA ZEA, Arturo, *Derecho civil. De las obligaciones*, Temis LTDA, Bogotá, 1974.

VELÁSQUEZ POSADA, Obdulio, *Responsabilidad Civil Extracontractual*, Temis S.A, Bogotá, 2011.

VICENTE DOMINGO, Elena, *Los daños corporales: tipología y valoración*, Bosch, Barcelona, 1994.

VICENTE DOMINGO, Elena, “El Daño”, *Tratado de Responsabilidad Civil*, Aranzadi S.A, 3ª edición, Elcano, 2007.

VINEY, Geneviève, *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*”, LGDJ, 2ª edición, Paris, 1995.

VILLA GIL, Alfonso, “Posibilidades de predicción de resultados en odontología, basadas en la evidencia científica”, *Colegio General de Colegios de Odontólogos y Estomatólogos de España*, Madrid, 2004.

WEIR, Tony, “Wrongful life – Nipped in the bud”, *The Cambridge Law Journal*, Vol. 41, Issue 2, 1982.

WHITFIELD, Adrian, “Actions arising from birth”, *Principles of Medical Law*, Kennedy & Grubb, Oxford University Press, Somerset, 1998.

YEPEZ RESTREPO, Sergio, *La responsabilidad civil médica*, Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, 2011.

YZQUIERO TOLSADA, Mariano, *La responsabilidad civil del profesional liberal. Teoría General*, Reus S.A, Madrid, 1989.

YZQUIERO TOLSADA, Mariano, “Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1998”, *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, No. 50, abril-agosto, 1999.

YZQUIERO TOLSADA, Mariano, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2001.